This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 258 133

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

TOME XV. — 9me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1859

Rec: Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État,

CONCERNANT LES ARBRES SUR LES LIMITES DES FORÊTS ET CEUX EXISTANT DANS LE VOISINAGE DES ROUTES.

Par M. SERRIGNY, professeur de droit à la Faculté de Dijon, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

I. Le propriétaire riverain d'*une forêt* peut-il exiger l'arrachement des arbres qui ne se trouvent pas à deux mètres de la ligne séparative des deux propriétés, à moins que ces arbres aient plus de trente ans? — Cette question a été résolue affirmativement par un arrêt de la Cour de Cassation du 28 nov. 1853; Devill., 54, 1, 37, ainsi motivé : « Attendu que les bois » et forêts sont assujettis à toutes les règles du droit commun, » concernant la propriété et le voisinage, et auxquelles il n'a » pas été dérogé par les lois forestières ; — Que les art. 671 et » 672 du Code Napoléon disposent d'une manière générale, et » ne contiennent aucune exception en faveur du sol forestier, » soit qu'il appartienne aux communes ou aux particuliers ; » qu'il n'y est dérogé par aucune loi spéciale, si ce n'est en » ce qui concerne l'élagage des arbres de lisière existant de- » puis plus de trente ans, aux termes de l'art. 150 du Code fores- » tier, et que l'art. 176 de l'ordonnance royale du 1er août 1827 » rappelle expressément à leur observation, quand il s'agit de » de la servitude légale de distance ; — D'où il suit que les- » dits articles sont applicables à tous les arbres de lisière des » bois et forêts, et qu'il n'y a pas à distinguer entre ceux de

» ces arbres qui ont été plantés de main d'homme et ceux » qui proviennent d'un semis naturel ou artificiel, le jugement » dénoncé en a fait au contraire une juste application. »

Par ces motifs, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre un jugement qui avait condamné un propriétaire de forêt à faire arracher, dans la zone de deux mètres, tous les arbres de sa forêt qui seraient reconnus avoir moins de trente ans.

Cette décision est-elle conforme aux dispositions de la loi? Dans mon opinion, je n'hésite pas à la considérer comme le résultat d'une erreur échappée à la sagesse de la Cour suprême. Elle a paru telle à une commission centrale nommée par M. le préfet de la Côte-d'Or en 1857, pour rechercher et constater les usages locaux existants dans le département, à la vue des procès-verbaux dressés par les commissions cantonales chargées de se livrer à la même recherche pour chaque canton du même département[1]. Les procès-verbaux de cette commission centrale ont été imprimés sur la demande du conseil général de la Côte-d'Or; voici le passage relatif à la question ci-dessus[2] :

« *Dans tout le département, qui est très-boisé, les forêts* » *s'étendent jusqu'à la ligne séparative des héritages riverains,* » et jamais il n'est venu à la pensée d'aucun voisin de prétendre, en se fondant sur les dispositions de l'art. 671 du Code » Napoléon, que le propriétaire du bois pourrait être contraint » à en arracher une lisière, conformément à la distance prescrite pour les plantations, par les règlements ou usages locaux. On tenait même pour principe, en Bourgogne, titre 13 » de sa coutume, qu'*en forêt banale les bois acquéraient le* » *plain*, c'est-à-dire que quand une forêt s'étendait depuis trente » ans sur des héritages voisins laissés incultes, ces héritages

[1] Cette commission était composée de MM. Lecouz, président de chambre à la Cour impériale de Dijon, nommé *président de cette commission;* Pillot, conseiller; Serrigny, professeur à la Faculté de droit et bâtonnier de l'Ordre des avocats; Caire, avocat près ladite Cour; Matry, avocat et membre du conseil général de la Côte-d'Or; Aimé Dumay, conseiller à la Cour et membre du conseil général, *nommé rapporteur;* Couturier, avocat, membre du Conseil d'arrondissement; Chabeuf, ancien notaire, membre du conseil municipal de Dijon; Cugnotet père, propriétaire, membre du comité d'agriculture.

[2] V. *Annuaire départemental de la Côte-d'Or*, 1859, page 397. Le texte entier de ces procès-verbaux est inséré dans cet ouvrage.

» étaient définitivement acquis aux propriétaires du bois. Ce-
» pendant, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 28
» novembre 1853, a jugé que l'article 671 était général et pré-
» cis; que ces prescriptions s'appliquaient aussi bien aux fo-
» rêts qu'aux plantations faites de main d'homme, et que, en
» conséquence, tout propriétaire de bois était tenu, sur la réqui-
» sition des riverains, d'extirper les bois et taillis qui ne se
» trouvaient pas à la distance fixée par l'usage des lieux, sauf
» à conserver ceux qui auraient plus de trente années d'exis-
» tence. »

« Il faut espérer que la Cour suprême ne persistera pas
» dans cette jurisprudence, car, non-seulement elle est con-
» traire au véritable esprit de la loi et *à tout ce qui s'est con-*
» *stamment pratiqué jusqu'à ce jour*, mais elle aurait pour la
» propriété forestière les résultats les plus désastreux, sans
» aucune utilité quelconque pour les riverains. On conçoit aisé-
» ment que celui qui veut aujourd'hui planter un bois soit forcé
» d'observer les distances voulues par l'article 671, parce que,
» dans l'intérêt de ses voisins, la loi lui impose cette servitude
» et qu'il ne s'en est point affranchi par une possession con-
» traire; mais quand il s'agit d'une forêt dont l'existence re-
» monte à plus de trente années, dont l'origine se perd souvent
» dans la nuit des temps, d'une forêt qui, depuis des siècles,
» s'est constamment, par des semis naturels, perpétuée et en-
» tretenue dans le même état sans aucune modification dans
» la nature du sol forestier, n'est-il pas évident que le propriété-
» taire de ce bois, qui peut invoquer en sa faveur une posses-
» sion immémoriale, a acquis le droit de le conserver tel qu'il
» est et tel qu'il en a toujours et continuellement joui tant par
» lui que par ses auteurs? Ici la prescription ne doit pas être
» envisagée à un point de vue étroit et restreint; ce n'est pas
» tel ou tel brin de taillis qui a été spécialement possédé, *c'est*
» *une universalité, une masse de bois qui, bien que se renouve-*
» *lant sans cesse d'elle-même par des semis, a toujours été de*
» *même nature;* c'est, en un mot, *un sol forestier qui a été*
» *l'objet de la possession*, et c'est par conséquent *un sol fores-*
» *tier que l'on a acquis par prescription.*

» Les termes de l'article 671 précité viennent confirmer cette
» opinion. Loin d'astreindre d'une manière, même indirecte,
» le propriétaire d'une forêt ancienne, à en arracher une lisière

» sur tout le périmètre et à se conformer à la distance qu'il » indique, ils ne s'appliquent qu'à celui qui veut planter et » créer un bois, car ils portent textuellement: *il n'est pas permis » de planter des arbres à haute tige qu'à la distance prescrite par » les usages locaux*, expressions significatives, qui démontrent » qu'il ne s'agit ici que de plantations faites actuellement par la » main de l'homme, et non pas de ces forêts antiques et sécu- » laires dont la création est presque toujours l'œuvre de la » nature.

» Que si l'article 176 de l'ordonnance règlementaire du Code » forestier veut que désormais les arbres de lisière ne puissent » être laissés qu'à la distance prescrite par l'article 671 du » Code Napoléon, c'est là une disposition tout exceptionnelle, » qui ne s'applique, comme l'indique le titre sous lequel elle » est placée, qu'aux bois soumis au régime forestier, c'est-à- » dire à ceux placés sous la surveillance spéciale du gouverne- » ment, qui peut prendre à leur égard toutes les mesures qu'il » juge convenable, dans l'intérêt public, mais qui n'émanant » que du pouvoir administratif et non de l'autorité législative, » ne peut avoir pour effet d'imposer une servitude légale à des » propriétés privées.

» Ainsi, soit dans le Code civil, soit dans la loi forestière, » on ne rencontre que des textes qui détruisent de fond en » comble le système adopté par la Cour de cassation. Exami- » nons maintenant les conséquences de sa jurisprudence.

» Suivant l'article 671, celui qui veut établir une plantation » devant laisser une distance de deux mètres, il faudra que » chaque propriétaire des forêts laisse en friche, dans tout le » pourtour une lisière de cette dimension, afin de ne pas nuire » à des champs qui, étant voisins du bois, sont presque toujours » sans valeur. Il y a plus, et la distance se calculant à partir » de la ligne séparative des fonds, on devra décider que lors- » que deux forêts seront limitrophes, ainsi que cela se voit » fréquemment, chacun des propriétaires étant tenu de se re- » tirer de deux mètres, il y aura entre eux un grand espace de » terrain de quatre mètres entièrement perdu pour toute espèce » de culture. Encore si cette destruction du sol forestier se lé- » gitimait par un motif d'utilité évidente, on pourrait la com- » prendre; mais comme la Cour suprême est obligée d'admet- » tre que le propriétaire du bois a le droit de conserver tous

» les brins et toutes les souches vivaces âgées de plus de 30
» ans, il s'ensuivra que le défrichement ne sera que partiel,
» qu'il ne procurera au fonds voisin, toujours ombragé par les
» arbres restants, aucun avantage appréciable, et que le pos-
» sesseur de la forêt, sous peine de subir à chaque instant
» de nouveaux procès, sera contraint d'arracher jour par jour
» tous les brins qui sortiront naturellement de terre et qui pro-
» viendront des semis naturels.

» On se demande enfin comment des experts, quelque ha-
» biles qu'on les suppose, pourront jamais exécuter, sans mé-
» prise et sans arbitraire, la mission qui leur serait confiée par
» les tribunaux de distinguer tous les brins de taillis âgés de
» trente ans de ceux qui n'en ont que vingt-huit ou vingt-neuf.
» A-t-on bien cherché à se rendre compte des difficultés inouïes
» que présentera une pareille opération lorsqu'il faudra la pra-
» tiquer dans de vastes forêts qui ont souvent plusieurs lieues
» d'étendue? Et quand on réfléchit qu'une mesure aussi ex-
» trême n'aboutira jamais qu'à une dégradation fâcheuse du sol
» forestier, sans que les riverains, obligés de respecter les
» arbres âgés de plus de trente années, en retirent aucun avan-
» tage quelconque, on ne peut s'empêcher d'émettre le vœu que
» la Cour de cassation, mieux éclairée par des discussions
» approfondies, abandonne la voie dans laquelle elle paraît
» vouloir s'engager. Cette jurisprudence, du reste, *est tellement*
» *contraire aux usages reçus*, que jusqu'à présent personne ne
» cherche à s'en prévaloir, et que, malgré les tendances pro-
» cessives qu'engendre le voisinage, on tient toujours pour
» règle que, sauf l'élagage des branches qui anticipent sur le
» fonds riverain, les limites des anciennes forêts doivent être
» respectées. »

Ces raisons sont péremptoires pour repousser la solution donnée par la Cour de cassation; aussi, puis-je ajouter que, parmi les membres de la commission centrale, dont j'avais l'honneur de faire partie, il ne s'en est pas rencontré un seul pour défendre l'arrêt précité; tous ont été unanimes pour le condamner.

Aux raisons données par l'honorable et savant rapporteur, M. Dumay, enlevé depuis à ses fonctions par une mort prématurée, j'en ajouterai d'autres qui ne laisseront aucun doute dans les esprits les moins éclairés. Quelle est la distance à observer

entre les arbres des forêts et les propriétés voisines, pour les arbres de haute tige, en admettant que l'art. 671 du Code Napoléon soit applicable *aux forêts?* « C'est, nous dit le texte, celle prescrite *par les règlements particuliers*, ou *par les usages constants et reconnus;* ce n'est qu'*à défaut de règlements et usages*, que l'on doit observer la distance de deux mètres. » Or, en matière de forêts, il n'y a pas de règlements particuliers, du moins en Bourgogne, il n'y a que *des usages constants et reconnus*. Quels sont ces usages? Une commission de neuf membres choisis d'office par l'administration pour reconnaître les usages locaux, dans un intérêt public, proclame à l'unanimité que, dans la Côte-d'Or, l'*usage constant*, universellement pratiqué, a consisté à ne laisser aucune espace vide sur la lisière de la propriété des forêts d'ancienne origine; que, dès lors, les propriétaires de forêts ont toujours été autorisés à conserver les arbres existants sur leur terrain jusqu'à cette limite. Eh bien! voilà la règle établie par la loi pour les forêts, aussi claire que si elle était écrite en toutes lettres dans l'article 671 du Code Napoléon, il ne s'agit donc que de comprendre cet article et de savoir lire ce qui s'y trouve.

Cet *usage constant* dans la Bourgogne, qui a force de loi, il suffisait de l'invoquer dans la cause sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1853 (car les faits du procès avaient eu lieu en Bourgogne), et il n'est pas douteux que, si ce moyen eût été invoqué, le propriétaire du bois n'eût gagné son procès. Cela prouve une fois de plus que les procès sont le plus souvent ce que les avocats les font, et qu'ils sont gagnés ou perdus, selon les moyens proposés par les défenseurs des parties.

Je ne doute pas que *l'usage constant* en Bourgogne de ne laisser aucune distance entre les forêts et les propriétés riveraines ne soit général dans le territoire entier de la France, et qu'ainsi le moyen indiqué n'y soit également applicable pour l'appréciation de l'art. 671 du Code Napoléon.

Quant à l'article 176 de l'ordonnance forestière invoqué par l'arrêt de cassation, outre la réponse donnée dans l'avis de la commission ci-devant transcrit, j'ajouterai qu'il ne dit pas un seul mot de ce qu'on lui fait dire, savoir : que les arbres des forêts seront arrachés à la distance de deux mètres de la ligne séparative, mais seulement que *les réserves destinées à remplacer*

les arbres de lisière seront effectuées en arrière de la ligne de démarcation, à la distance prescrite par l'art. 671 *du Code civil.* La pratique universelle est de laisser croître *en taillis* tous les brins qui se trouvent dans cette zone de deux mètres, et non pas de les arracher : il n'y aurait que les forestiers de cabinet qui n'ont jamais vu de forêts qui pourraient ignorer cela. Le roi, chef de l'État et tuteur des communes et des établissements publics, a dit à ses agents : A l'avenir, vous aurez soin de ne pas laisser de brins pour croître en futaie dans la distance de deux mètres. Le motif de cette défense est double : nuire le moins possible aux riverains en éloignant les arbres *futaies* de deux mètres, et ne pas faire périr sous ces arbres, s'ils étaient réservés, les brins de taillis dans un espace plus ou moins considérable sur la lisière; ce qui arrive toujours, au détriment des particuliers qui laissent croître des réserves sur la rive de leurs forêts. C'est là une simple prescription administrative, qui est étrangère aux bois non soumis au régime forestier, et qui, même pour les bois soumis à ce régime, ne les grève d'aucune servitude. Aussi je suis parfaitement convaincu que le riverain d'un bois de l'État n'aurait pas le droit d'invoquer l'art. 176, s'il n'était pas observé dans la pratique, comme cela arrive bien souvent.

Conclusion : que, dans notre opinion, il est incontestable que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1853 est contraire aux dispositions de l'art. 671 du Code Napoléon sainement entendu.

II. Il est rare qu'une mauvaise décision n'en amène pas d'autres semblables à sa suite; elle agit comme une cause qui engendre un autre effet; c'est ce qui est arrivé pour l'arrêt précité; il en a entraîné un autre de la même Cour, du 22 décembre 1857 (Devill., 1858, 1, 361), qui a jugé que celui qui a acquis par prescription le droit de conserver des arbres à hautes tiges plantés à une distance du fonds voisin moindre que la distance légale, n'a pas acquis le droit de les remplacer par des arbres nouveaux dans le cas où les anciens ont été abattus; et que l'on doit considérer comme des arbres nouveaux les rejets provenant des souches des anciens, lorsque ces arbres ont été coupés au niveau du sol ; que, par suite, l'abatage de ces arbres nouveaux peut être exigé lorsqu'ils ont moins de trente ans.

Il me paraît résulter des faits de la cause que l'arrêt a été rendu dans une espèce où il s'agissait d'arbres *de forêts*, et non point d'arbres isolés ou d'arbres épars dans une haie. C'est donc uniquement dans cette hypothèse (que je crois être la vérité) que s'applique la critique de cette décision. Si, comme je le pense, j'ai démontré avec le procès-verbal de la commission centrale des usages de la Côte-d'Or et avec le texte de l'art. 671 du Code Napoléon, que le riverain *d'une forêt* ancienne plantée depuis plus de trente ans n'a pas le droit de faire arracher aucun des arbres de lisière et que l'art. 671 ne s'applique point à ces forêts dans la distance de deux mètres qu'il prescrit d'observer seulement *à défaut d'usage constant*, il en résulte qu'à plus forte raison le propriétaire de la forêt a droit de conserver les souches des arbres âgés de plus de trente ans qu'il a fait abattre et le recru qui pousse sur ces souches dans les limites de son terrain. Tous les arguments présentés sur la précédente question se représentent ici de nouveau, et il est inutile de les reproduire.

Il y a plus : la décision du 22 décembre 1857 fournirait un moyen inévitable de rendre vacant l'espace de deux mètres autour de toutes les forêts soit domaniales, soit communales, soit privées, puisque toutes les fois que les arbres existants seraient abattus, le voisin aurait le droit de s'opposer à ce que le propriétaire de la forêt laissât pousser aucun rejet sur ces vieilles souches. Cet espace de deux mètres serait porté à quatre mètres, entre *forêts* voisines, toutes les fois que l'un des propriétaires voudrait se prévaloir de cette solution. Eh bien! je ne crains pas de le dire, c'est là une chose contraire à l'*usage constant*, général et universel pratiqué pour tous les bois de notre département, et je le suppose de la France entière. Nulle part un pareil vide ne s'est produit sur la lisière des bois et, par conséquent, l'art. 671 du Code Napoléon, bien loin d'ordonner un pareil vandalisme, le proscrit formellement, en traçant pour règle à suivre, l'*usage constant*, auquel il confère l'autorité législative. Si un pareil résultat devait se produire, il aurait excité la sollicitude de l'État, qui est le plus grand propriétaire de bois, celle des communes et des particuliers. On comprend qu'une décision qui aurait d'aussi barbares conséquences excite l'approbation de jurisconsultes qui n'ont vu de forêts que le bois de Boulogne; mais il n'est aucun forestier

véritable qui puisse comprendre une telle dévastation. Aussi, comme le faisait remarquer le regrettable conseiller A. Dumay, rapporteur de notre commission d'usages locaux, personne ne pense à se prévaloir de la nouvelle et si singulière jurisprudence de la Cour de cassation. Toutefois il se trompait; car, pendant qu'il rédigeait son rapport, qui a été clos le 16 décembre 1857, la Cour de cassation préparait peut-être son second arrêt rendu le 22 du même mois. Il ne supposait pas même que l'on pût avoir la pensée d'aller jusqu'où va cette dernière décision, car il disait, comme on l'a vu plus haut : « Encore si cette destruction du sol français se légitimait par un » motif d'utilité évidente, on pourrait la comprendre, mais » comme la Cour suprême est obligée d'admettre que le pro- » priétaire du bois a le droit de conserver tous les brins ET » TOUTES LES SOUCHES VIVACES *âgés de plus de trente ans*, il s'en » suivra que le défrichement ne sera que partiel, qu'il ne pro- » curera au fonds voisin, *toujours ombragé par les arbres res- » tants*, aucun avantage appréciable, et que le possesseur de la » forêt, sous peine de subir à chaque instant de nouveaux » procès, sera contraint d'arracher jour par jour tous les brins » de bois *qui sortiront continuellement de terre et qui provien- » dront des semis naturels*. »

Ce que nous, membres de la commission départementale des usages locaux, ne supposions pas susceptible de tomber dans l'esprit de personne, lorsque nous délibérions, en décembre 1857, sur nos usages locaux, se produisait en fait comme une conséquence de l'arrêt de novembre 1853, qui nous avait semblé si exorbitant, et se trouvait consacré, huit jours après, par une décision de la même Cour, bien autrement exorbitante que la première. Et ce qu'il y a de singulier, c'est que les faits de ce nouveau procès avaient également pris naissance dans un pays soumis à notre ancienne coutume de Bourgogne. Par conséquent, il aurait suffi d'un mot au propriétaire de la forêt pour gagner son procès, c'était d'alléguer l'*usage constant*, légalisé par l'art. 671 du Code Napoléon, suivant lequel usage les propriétaires de forêts ont toujours été en droit de conserver les arbres recrus sur les anciennes souches dans la lisière de deux mètres de la limite de leurs bois. Ce moyen l'aurait infailliblement fait triompher; et il n'y aurait pas même eu à lui opposer le mauvais argument tiré de l'art. 176 de l'or-

donnance réglementaire d'août 1827, puisqu'il n'avait pas laissé croître en réserve les arbres de la lisière de son bois, et qu'il les avait ravalés à ras de terre, ne laissant que les vieilles souches.

Je termine en disant que si une pareille jurisprudence venait à s'établir, elle équivaudrait à une véritable révolution pour toutes les forêts. On a dit et répété que sous l'empire de nos lois nouvelles, les propriétaires des forêts étaient traités en véritables parias, en ce que les délits commis dans leurs bois n'étaient pas poursuivis d'office par le ministère public, tandis que les plus minimes contraventions de simple police commises dans les autres biens fonds jouissent de cet avantage; en ce qu'ils ne peuvent se servir des chemins vicinaux sans payer des subventions extraordinaires, outre les centimes additionnels communaux (I, 21 mai 1836, art. 14); en ce qu'ils ne peuvent s'affranchir de toutes ces charges et jouir librement de leurs bois par le défrichement. Si la déplorable jurisprudence inaugurée par les deux arrêts de la Cour de cassation cités venait à se confirmer, elle établirait une servitude illégale à l'encontre des propriétaires de bois, ce serait le défrichement forcé de deux mètres de largeur sur tout le périmètre de leurs bois; et une pareille servitude serait établie sans loi, contre l'*usage constant*, universel érigé en loi par l'art. 671 du Code Napoléon. Remarquez, je vous prie, l'iniquité qu'il s'agit d'introduire contre un genre de propriété si utile à l'État; on dit aux propriétaires de bois : — « De par notre toute-puissance réglementaire, à l'interdiction que la loi vous fait de défricher votre » bois et d'en faire un bon champ ou un bon pré, contrairement à l'art. 544 du Code Napoléon, qui définit la propriété : » *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la* » *plus absolue*, nous vous commandons d'en défricher une zone » de deux mètres tout à l'entour, zone qui restera improductive » entre vos mains; de sorte que vous n'aurez ni l'avantage des » terres ordinaires, ni l'avantage des bois. » Est-il possible d'imaginer et de concevoir rien de plus inique?

Et c'est au moment où l'on entend de tous côtés des plaintes sur le déboisement du sol forestier, sur la nécessité de reboiser les montagnes, les terrains en friche; c'est au moment où la France a besoin d'arbres pour ses vaisseaux, pour ses chemins de fer; c'est au moment où elle est tributaire de plus

de 70 millions par an pour l'introduction des bois étrangers, c'est au moment où il n'est pas impossible que l'importation des bois étrangers soit paralysée par une guerre maritime, c'est dans toutes ces occurrences que l'on traite aussi injustement les propriétaires de bois ! Encore si ce traitement leur était infligé par les partisans des écoles que l'on appelle socialistes, cela se comprendrait comme l'effet de ce sentiment d'envie qui excite les pauvres contre les riches (les propriétaires de bois étant supposés riches, bien qu'ils ne le soient pas toujours), mais c'est la première Cour de l'empire, composée des hommes les plus éminents de la magistrature, qui traite ainsi la propriété forestière ! Elle a agi bien certainement avec la conviction qu'elle appliquait sainement la loi ; mais avec la même conviction qu'elle, il me sera permis de penser qu'elle s'est très-certainement trompée et d'espérer qu'elle reconnaîtra son erreur, éclairée par les raisons qui précèdent.

III. L'arrêt que je veux maintenant critiquer n'émane plus de la Cour de cassation, c'est une décision contentieuse du Conseil d'État, du 22 avril 1857 (*Guignard*). Cet arrêt décide que le conseil de préfecture est incompétent pour statuer sur des poursuites motivées par l'élagage d'arbres qui ne font pas partie des plantations ordonnées dans l'intérêt des routes par l'autorité administrative en vertu des art. 88 et suiv. du décret du 16 décembre 1811.

Un mot sur le fait pour comprendre la question de compétence et la décision du conseil : Le préfet du Finistère avait pris un arrêté relatif à l'élagage des arbres, haies et bois courants plantés le long des routes impériales et départementales. Des procès-verbaux dressés contre un sieur Guignard et une demoiselle Guermeur constatèrent que ces propriétaires n'avaient fait élaguer que d'une manière insuffisante des arbres de sapin *dont les troncs étaient à trois mètres de l'arête extérieure d'une route départementale, sur les terrains de ces particuliers.* Le conseil de préfecture, saisi de ces procès-verbaux, s'est déclaré incompétent pour statuer à ce sujet, en se fondant sur ce qu'il ne s'agissait pas dans l'espèce de plantations de routes, mais bien d'arbres plantés pour l'exploitation des propriétés privées, que, dès lors, les dispositions du décret du 16 décembre 1811 n'étaient pas applicables, et que ces contraventions n'étaient pas de la nature de celles que les conseils de

préfecture sont chargés de réprimer. Le ministre des travaux publics s'est pourvu contre cet arrêté, et il est intervenu arrêt qui rejette ce pourvoi, par le motif qu'aucune disposition de loi n'attribue aux conseils de préfecture le pouvoir de prononcer sur les contraventions commises aux dispositions des arrêtés que les préfets peuvent prendre, en vertu de l'art. 3 du titre XI de la loi du 16-24 août 1790, pour régler l'élagage des arbres, des bois courants et des haies qui ont été plantés par les propriétaires de terrains riverains des routes et chemins pour le seul aménagement de leur propriété.

Cette décision du Conseil d'État est accompagnée dans le recueil cité, d'une notice intéressante dans laquelle son auteur explique l'état de la législation sur les plantations le long des routes; il rappelle la distinction entre les arbres dont la législation permet à l'administration d'imposer la plantation aux riverains, sur leur propre terrain, et les arbres que ceux-ci voudraient planter dans leur intérêt personnel à une certaine distance de la limite extérieure de la route. Il reconnaît que « l'administration considère, et avec raison, que la disposition » de l'art. 5 de la loi du 5 ventôse an XIII est toujours en vi- » gueur. » Cet article porte que : « Dans les grandes routes dont » la largeur ne permettra pas de planter sur le terrain appar- » tenant à l'État, lorsque le particulier voudra planter des » arbres sur son propre terrain *à moins de six mètres de distance* » *de la route*, il sera tenu de demander et d'obtenir l'aligne- » ment à suivre, de la préfecture du département; dans ce cas » le propriétaire n'aura besoin d'aucune autorisation particu- » lière pour disposer entièrement des arbres qu'il aura plantés. »

Le Conseil d'État, selon la notice citée, a mis en lumière la *distinction profonde* qui sépare le régime de ces deux sortes de plantations. Il a considéré que les arrêtés pris par les préfets, pour régler l'élagage des arbres plantés le long des routes, pour le seul aménagement des propriétés riveraines, sont pris non en vertu des articles 102 et 105 du décret de 1811, dans l'intérêt de la conservation des routes et de leurs dépendances ou annexes, mais en vue de la sûreté et de la commodité de la circulation sur les voies publiques, en vertu des pouvoirs de police que la loi des 16-24 août 1790 confère à l'autorité municipale pour la commune, et que l'autorité préfectorale peut, dès lors, exercer pour le département

tout entier. Par suite, dit-on, c'est devant le tribunal de simple police que doivent être portés les procès-verbaux constatant les infractions soumises aux arrêtés qui règlent l'élagage de ces arbres, et la pénalité est l'amende de 1 fr. à 5 fr., édictée par l'article 471, n° 15, du Code pénal.

Ceci posé, il me semble que le ministre des travaux publics avait raison contre la section du contentieux, et les principes les plus élémentaires du droit administratif vont nous conduire à cette solution. Un premier principe fondamental, en ce qui concerne le domaine public national, c'est qu'il est commis à la garde et à la conservation des préfets. Cela est écrit en toutes lettres dans la loi du 22 décembre 1789-janvier 1790, qui porte, section III, article 2 : « Les administrations » de département (aujourd'hui les préfets) seront encore char- » gées, sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef su- » prême de la nation et de l'administration du royaume, de » toutes les parties de cette administration, notamment de » celles qui sont relatives ;... 5° à la conservation des *propriétés* » *publiques ;* 6° à celle des forêts, rivières, *chemins* et autres » choses communes. » Le mot *chemins*, employé dans ce texte, s'entend principalement des chemins du domaine public à la charge de l'État, ainsi que l'explique l'article 2 de la loi du 22 novembre-1er décembre 1790, joint à l'article 538 du Code Napoléon.

D'après ces textes, d'après l'article 6 de la loi du 7-11 septembre 1790 et l'article 1er de la loi du 7-14 octobre de la même année, les préfets, sous l'autorité de l'empereur, sont les agents-voyers par excellence des routes de leur département, en prenant ces mots dans un sens élevé. C'est de là que dérivent, et nullement de la loi du 16-24 octobre 1790, titre XI, article 3, leurs pouvoirs administratifs et réglementaires en matière de grande voirie. Rien n'est plus périlleux et plus inexact que de donner pour base du pouvoir réglementaire des préfets dans un point quelconque se rattachant à la grande voirie, les dispositions de cette dernière loi. En effet, l'article 3 précité est uniquement relatif aux objets confiés à la vigilance et à l'autorité des *corps municipaux*, au nombre desquels se trouve tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, places et *voies publiques*. Les voies publiques dont il est fait mention dans le texte sont

celles faisant partie du régime de la petite voirie, et si l'autorité des maires s'étend quelquefois aux voies publiques soumises au régime de la grande voirie, c'est seulement dans les parties qui ont un caractère mixte, telles que les rues servant de route et les quais servant en même temps de rues; mais pour les portions de routes en dehors de l'enceinte des communes, elles sont entièrement en dehors du pouvoir administratif et réglementaire des maires. J'ai donc raison de dire qu'il est périlleux et inexact de faire reposer le pouvoir des préfets en ces matières sur celui des maires, qui est entièrement nul, tandis qu'il existe des textes clairs et précis qui établissent catégoriquement l'autorité des préfets.

N'est-il pas évident, d'ailleurs, que les dispositions des lois qui ont établi la nécessité de demander l'autorisation, pour les riverains, de planter sur leur propre terrain, à une distance, qui était de 6 pieds d'après les arrêts du conseil des 17 juin 1721 et 4 août 1731, et qui a été portée à 6 mètres par la loi du 9 ventôse an 13, n'est-il pas évident, dis-je, que c'est là une mesure prescrite dans l'intérêt de la grande voirie, pour éviter l'humidité que le voisinage des arbres peut occasionner à la route par les projections de leurs branches? Il suffit, pour en être convaincu, de jeter les yeux sur le texte de ces règlements législatifs. Les arrêts du conseil précités donnaient juridiction au bureau des finances, comme en matière de grande voirie, contre les contrevenants, et la loi du 9 ventôse an 13, dont nous avons cité l'article 5, ajoute dans son article 8 : « Les poursuites en contravention aux dispositions de « la présente loi seront portées devant le conseil de préfecture, » sauf le recours au conseil d'État. » Donc cette loi considère les plantations à faire ou faites par les riverains dans la zone sujette à autorisation, comme étant soumises au régime de la grande voirie, lors même qu'elles sont faites par les propriétaires riverains sur leurs propres terrains, et pour employer les expressions de l'arrêt au contentieux du 22 avril 1857, *pour le seul aménagement de leur propriété.*

Il est vrai que la loi du 9 ventôse an 13 ne parle pas nommément de l'élagage à prescrire au sujet des arbres plantés dans la zone parallèle aux routes, et dont l'administration peut étendre la largeur jusqu'à 6 mètres; mais la loi du 16-24 août 1790 s'en occupe encore moins. Et cependant on admet

qu'il est nécessaire que des agents quelconques de l'administration aient le pouvoir de prescrire cet élagage. Dans le silence des textes sur ce point spécial, est-il logique de dire : — C'est là une matière confiée aux corps municipaux qui en sont investis directement par la loi, et les préfets ne pourront exercer ce pouvoir qu'en l'empruntant aux maires dont ils sont les supérieurs hiérarchiques? N'est-il pas plus naturel de dire : les préfets sont chargés de la *conservation et de l'administration des choses du domaine public* ; ils sont spécialement chargés d'accorder ou de refuser la permission de planter des arbres à la distance déterminée par la législation sur la grande voirie; donc ils ont le pouvoir direct de faire élaguer les branches qui font saillie du côté de la route. Je ne sais pas si je me trompe; mais ce que je dis là me semble si simple, si logique, et le raisonnement du conseil d'État me paraît heurter si profondément les notions que je me suis faites des pouvoirs respectifs des préfets et des maires, que je ne puis digérer la solution du conseil.

Ce n'est pas tout : supposons pour un instant que les maires aient le pouvoir si hétéroclite qu'on veut leur donner, il faudra bien qu'ils puissent l'exercer. Or, se figure-t-on les maires de plusieurs centaines de communes traversées par des routes dans chaque département, prenant des arrêtés pour prescrire l'élagage des arbres situés à une distance quelconque de ces routes? Quelle bigarrure dans tous ces arrêtés! quelle diversité dans la fixation et la reconnaissance de la limite de la route avec les propriétés riveraines? car il faudra bien fixer le point de départ de la route, afin de compter la distance à laquelle finira la nécessité d'élaguer. Qui ne sent combien tout cela est impossible, je n'ose pas dire ridicule, avec des centaines de maires par département? — Avec un préfet, agent unique, assisté d'ingénieurs et de conducteurs, qui parcourent tous les jours la route, qui sont nantis des plans qui peuvent exister, tout cela est simple et facile.

On me dira, sans doute, que les maires n'useront pas de leur pouvoir et qu'il sera exercé exclusivement par les préfets. Il faut convenir que c'est faire jouer un bien singulier rôle au législateur qui investirait certains fonctionnaires d'une autorité, à la condition qu'ils ne l'exerceront pas et qu'elle sera exercée exclusivement par d'autres qui n'en sont pas investis.

Ajoutez que c'est là trancher bien inutilement une question extrêmement grave, qui est de savoir si les préfets peuvent exercer, dans toutes les communes de leur département, les pouvoirs réglementaires de police que la loi des 16-24 août 1790 confie à chaque maire dans sa commune. Je sais bien que le conseil d'État et la Cour de cassation ont résolu cette question affirmativement; mais cette jurisprudence n'est pas admise par tous les auteurs; elle a été l'objet d'une critique récente dans cette *Revue*, par M. Faustin Hélie, l'un de ses plus éminents rédacteurs (V. n° de juin 1856, t. VIII, p. 481 à 511). La Cour de cassation me semble avoir restreint considérablement la portée de sa jurisprudence antérieure, par un arrêt très-remarquable du 28 août 1858 (Devill., 58, I, 845), dont voici le motif déterminant : « Attendu, en principe, qu'il n'appartient aux » préfets de prendre des arrêtés de police, *alors même qu'ils* » *s'appliqueraient à toutes les communes de leur département*, » qu'autant que ces arrêtés ont *pour objet des mesures de sûreté* » *générale*. » Cet arrêt est extrêmement important; il ne vise que les articles 9 et 10 de la loi du 18 juillet 1839, et il restreint le pouvoir des préfets aux *mesures de sûreté générale*. Il abandonne donc la délégation tacite du chef de l'État aux préfets, et la théorie qui consiste à transporter aux préfets, pour toutes les communes de leur département, les pouvoirs qu'ont les maires dans leurs communes. Ainsi limité, le pouvoir réglementaire des préfets dans les matières confiées aux maires est très-raisonnable, et j'y adhère complétement. Mais cela ruine totalement la vieille théorie, qu'avant M. Faustin Hélie j'avais combattue dans cette même *Revue* et dans mes *Questions de droit administratif*, p. 579 à 590.

La conclusion qui ressort de l'alinéa précédent, c'est qu'en supposant (ce que je dénie complétement) que les maires aient le pouvoir de prescrire l'élagage des arbres plantés par les riverains des routes *pour le seul aménagement de leur propriété*, mais dans la zone de 6 mètres, les préfets n'auraient pas le droit d'emprunter ce pouvoir municipal, même pour l'appliquer à toutes les communes de leur département.

En résumé, loin d'admirer *la profondeur* de la distinction établie dans l'arrêt du conseil du 22 avril 1857, je suis choqué de la perturbation qu'elle apporte dans une matière si simple et si facile à régler, en abandonnant les attributions si ration-

nelles et si légitimes des préfets et des conseils de préfecture, dont le conseil d'État devrait être le gardien vigilant et protecteur, pour en investir les maires et les tribunaux de simple police, qui sont impropres à les exercer. SERRIGNY.

DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE

Sur la vente des *Blés* ou *Grains en vert*.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. La vente des blés en herbe ne paraît pas avoir été prohibée en droit romain.
2. Lois françaises. Capitulaires. Lois de Louis XI et autres sous la troisième race.
3. Déclaration de 1694.
4. Réflexions sur ces lois et sur la jurisprudence qui les a suivies.
5. Si ces lois étaient abrogées par désuétude avant 1789, et dans quelle vue l'étude en est utile ?
6. Lois du 6 messidor et du 23 messidor an III.
7. Elles sont en vigueur sous le double rapport du droit civil et du droit pénal. Examen de la question de savoir si elles ont été abrogées implicitement par la loi du 21 prairial an V.
8. Cette loi doit être appliquée conformément à ses termes et à son esprit.
9. Étendue du mot *grains*.
10. Des ventes de blés encore en état d'herbes, pour paître.
11. On ne peut même vendre les grains en vert dans le temps qu'on pourrait les saisir-brandonner.
12. Sur les mots « *et autres de même nature.* »
13. Que les tuteurs et autres administrateurs judiciaires peuvent vendre volontairement les blés sur pied.
14. Il y a d'autres ventes exceptées de la prohibition. — Ventes d'emblavement.
15. Quelles peuvent être les exceptions? Il semble qu'il y a exception quand les ventes n'ont rien de commercial.
16. Ces lois sont en vigueur, nonobstant un arrêt d'Agen.
17. Elles doivent être appliquées, même quand le marché serait rompu et que les parties auraient ignoré la loi,
18. Même si l'acheteur ne prend livraison qu'à la récolte;
19. Ou s'il n'en a acheté qu'une partie.
20. L'attribution des emblavements à la femme dans une liquidation de reprises n'est pas une contravention.

21. De même que la cession de récolte sur une parcelle de terre dans une transaction.
22. Jurisprudence sur les ventes de blés sur pied par le fermier au propriétaire.
23. Pour l'application de la loi, il suffit qu'il y ait acte de commerce d'un seul côté.
24. Examen de la doctrine qu'il faut appliquer cette loi, *même s'il n'y a pas spéculation.*
25. Exemple qui fait sentir que cette doctrine est fausse.
26. Si, sous les lois de messidor, un marché à livrer à un propriétaire, pendant quelques années, une certaine quantité de blé, est un contrat valable.
27. De l'accord ou de l'absorption de ces lois par l'article 420 du Code pénal.
28. Examen de la disposition, *sont également exceptées*, dans la loi du 23 messidor. Arrêts ; explication nouvelle des textes.
29. Conclusion et résumé.

1. Une question qui ne nous paraît pas avoir été suffisamment examinée est la portée, sous le rapport civil et sous le rapport pénal, des lois du 6 messidor an III et du 23 du même mois. Nous croyons que pour en bien saisir l'esprit, il ne faut pas omettre d'étudier l'ancienne législation sur la même matière.

Quoiqu'on puisse vendre une espérance, la vente par avance des récoltes en grains a toujours été défendue en France.

Le droit romain ne contenait point de prohibition sur ce point. Un texte, le § 3 de la loi 78 au Digeste, *De contrah. empt.*[1], fait supposer même que la vente des blés en herbe était libre, et cela n'est pas étonnant. Dès le temps d'Auguste, l'Italie ne se nourrissait plus elle-même ; les somptueux bâtiments et les jardins de plaisance n'y laissaient plus, dit Horace (Ode 15, liv. II), que peu d'arpents à la charrue ; et les maîtres du monde avaient pour greniers la Sicile et l'Afrique. Une loi qui aurait restreint dans l'Italie la liberté du commerce des blés aurait été une loi insuffisante ; dans les provinces tenues de nourrir les maîtres du monde, elle n'aurait été qu'une loi imprudente. Il fallait que les chevaliers romains fussent libres dans leurs spéculations sur les blés des provinces.

2. Au contraire, en France, pays de culture, on a toujours

[1] Frumenta qui in herbis erant, cùm vendidisses, dixisti, te, si quid vi, aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruperunt : Si immoderata fuerant et contrà consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.

craint de recourir aux étrangers pour en nourrir l'immense population. Les capitulaires de Charlemagne sont bien plus étendus que notre loi moderne. Ils ne se bornent pas aux grains. L'un, de l'an 806, déclare infâme le gain qu'on fait par cupidité, en achetant *sans nécessité*, dès le temps de la moisson et des vendanges, les blés et le vin (*annonam aut vinum*). Il ne paraît pas pourtant que ce capitulaire ait eu en vue les blés en vert ou les raisins sur ceps, mais l'acquisition de la récolte que le cultivateur venait de faire. — Pour qu'une pareille acquisition ne soit pas un lucre déshonnête (*turpe lucrum*), il faut qu'on la fasse par nécessité, et pour en faire aussitôt commerce ou emploi (*ut sibi habeat, et aliis tribuat*) : en ce cas, ce n'est plus *turpe lucrum*, et l'acte méritera le nom d'affaire (*negotium dicimus*) [1]. Ce n'est donc pas la vente des blés en vert ni sur pied; c'est l'accaparement et la spéculation sur les besoins futurs du peuple que Charlemagne a voulu prohiber dans ce capitulaire.

La défense d'accaparer les grains a-t-elle fait naître la coupable industrie de les acheter avant la maturité? C'est possible; car, trois ans après, un autre capitulaire de l'an 809, art. 37, sous le titre, *De illis qui vinum et annonam vendunt antequam colligantur, et per hanc occasionem pauperes efficiuntur*, paraîtrait s'étendre non-seulement aux blés et aux raisins sur pied, mais même à toute espèce de fruits pendants par racines : « *Sed tunc tantùm quandò fructus præsens est, illum comparet* [2]. »

Quoique les Capitulaires soient tombés en désuétude, remarquons bien que la loi n'était pas absolue. Il fallait pour être atteint par la prohibition avoir agi *propter cupiditatem pecuniæ* et pour faire un gain honteux; donc, celui qui achetait en vert,

[1] Turpe lucrum exercent qui per varias circumventiones lucrandi causa inhonestè res quaslibet congregare decertant.

Fœnus est qui aliquid præstat. Justum fœnus est qui ampliùs non requirit nisi quantum præstitit.

Quicumque enim tempore messis et vindemiæ, non necessitate, sed propter cupiditatem comparat annonam aut vinum; verbi gratia de duobus denariis comparat modium unum, et servat usque dum iterum venundari possit contra denarios quatuor aut sex seu ampliùs; hoc turpe lucrum dicimus. Si autem propter necessitatem comparet, ut sibi habeat et aliis tribuat, negotium dicimus.

[2] Ut nemo propter cupiditatem pecuniæ et propter avaritiam suam priùs det pretium et futuram coemptionem sibi præparet, ut duplum vel triplum tunc recipiat. Sed tunc tantùm quandò fructus præsens est, illos comparet.

pour son propre usage, ne tombait pas sous l'application de la loi. C'était le fait d'un père de famille précautionneux, mais non d'un revendeur.

Les rois de la troisième race ont été obligés de renouveler les défenses faites par le fondateur de la seconde. Les ordonnances les plus remarquables sur ce point sont de Louis XI, François Ier, Henri II, Charles IX, Henri III, Louis XIII et Louis XIV.

L'ordonnance de Louis XI est donnée à Cléry en juillet 1482. On n'en a plus que ce fragment : « Dorénavant nuls marchands, » ni autres quelconques ne soient si osez et si hardis d'acheter » blez en verd sur le plat païs[1], n'en faire provision ou amas, » sinon pour la provision de son hôtel, si ce n'est en plein » marché; et ce, sur peine de confiscation des deniers, d'a- » mende arbitraire, et d'être punis à l'ordonnance de justice. »

Celle de François Ier, du 6 novembre 1544, rappelle que les ventes de blés en vert sont prohibées par les ordonnances antérieures, et ordonne que nul, de quelque condition et qualité que ce soit, ne puisse vendre ou acheter des blés ou autres grains ailleurs qu'au marché (ce qui renouvelle implicitement la prohibition de les acheter en vert). On la trouve au *Traité de la police de Delamarre*, t. II, liv. V, chap. IV, p. 64.

L'édit de Henri II, donné à Reims le 12 juin 1557 (au *Recueil d'Isambert*, t. XIII, p. 492), a pour objet principal de fournir au vendeur de blé en vert les moyens de se refuser à la livraison, en consignant le prix par provision. Cet édit est remarquable : 1° en ce qu'il indique bien, par son texte même, que l'ordonnance de Louis XI était la loi régnante; 2° quelle était l'extrême vileté du prix, et de quelles ruses on se servait pour éluder l'ordonnance de 1482; 3° en ce que l'édit est applicable aux vins comme aux blés.

Des lettres patentes, données par Henri III le 21 nov. 1577 pour l'exécution d'un règlement du conseil privé du roi sur la police du royaume, portent « que les marchands ne pourront acheter grains en vert, ni iceux arrher avant la cueillette sur peine de 500 livres parisis d'amende, et, en outre, de punition corporelle, selon l'exigence des cas. »

[1] Locution qui a vieilli : — *le plat pays* signifie *campagne* dans toute l'étendue du mot, par opposition aux villes, bourgs fermés de murs et châteaux forts, tandis que *pays plat* se dit par opposition à *pays montueux*.

Sous Louis XIII, la célèbre ordonnance de 1629, connue sous le nom de *Code Michaud*, a défendu aux marchands d'acheter des grains en vert, et de les arrher avant la récolte. (Art. 424.)

Par arrêt du 13 juillet 1662 « Sur ce qui a été représenté à la » Cour par le procureur-général du roy, qu'il avait eu avis qu'en » quelques lieux de la Picardie, de Beauce et autres endroits où » l'espérance de la récolte des bleds attirait le plus les marchands, » plusieurs particuliers pour tirer profit de la nécessité publique » en laquelle on s'était trouvé cette année par la disette des bleds, » commençoient, pour continuer à s'en assurer le trafic, d'aller » dans les fermes et maisons des laboureurs, pour les acheter » en verd; ce qui est une contravention manifeste aux ordon- » nances de police; et ce qu'étant continué et souffert pourrait » aussi faire continuer la même nécessité de l'année précé- » dente, et requis la cour d'y pourvoir; et, à cette fin, les dé- » fenses faites par l'ordonnance à toutes personnes d'acheter » bleds en verd, ni iceux arrher avant la récolte, réitérées sur » les peines y contenues, » le parlement de Paris a ordonné « Que les défenses portées par les ordonnances, d'acheter le » bled en verd, ni arrher avant la moisson et récolte d'iceux, » seront de nouveau publiées; défenses d'y contrevenir à » peine de 500 livres d'amende.... et de punition corporelle, » s'il y échoit, suivant l'exigence des cas; a déclaré tous con- » trats, marchés et conventions faites avant la récolte entière- » ment achevée, pour raison de vente de grains non recueillis, » nuls et de nul effet et valeur; ordonne que les laboureurs » qui se seront obligés de livrer lesdits grains, demeureront » quittes purement et simplement, en rendant les sommes » qu'ils auront actuellement reçues, dans le jour de Noël pro- » chain, sans aucuns intérêts...» (V. cet arrêt textuellement rapporté au *Traité de la police*, p. 65.)

3. Après la disette de 1693, Louis XIV fit publier une déclaration du 22 juin 1694, tronquée dans presque tous les recueils et qu'il faut lire au *Rép.* de Merlin, mot *Vente*, § 1, art. 1er, n° 6. Le préambule porte : « Nous sommes informés que les usuriers » et autres gens avides de gains illicites, après avoir profité de » la disette par le prix excessif auquel ils ont porté les grains » dont ils avaient fait amas, se préparent encore à priver les » pauvres des avantages et du soulagement qu'ils espèrent

» tirer de l'abondance, et que profitant de l'indigence des la-
» boureurs et de ceux qui cultivent leurs terres par leurs mains,
» ils achètent des grains en vert et sur pied, et en font des
» traités et arrhements défendus, sous des peines sévères, par
» les sages ordonnances des rois nos prédécesseurs, dans l'es-
» pérance de mettre les grains en réserve dans des magasins
» détournés, et de ne les exposer en vente que dans le temps
» de la cherté... » Et le dispositif, après avoir ordonné l'exécution des ordonnances de Louis XI, François Ier, Henri III et Louis XIII, sur le fait de la police des grains, selon leur forme et teneur, ajoute : « Faisons très-expresses inhibitions et dé-
» fenses, à tous marchands et autres nos sujets, de quelque
» qualité et condition qu'ils soient, de faire aucuns achats,
» marchés ou arrhements de grains en vert, sur pied et avant
» la récolte; à peine de confiscation desdits grains, du prix
» d'iceux, de 1,000 livres d'amende contre chacun des contre-
» venants, applicables, moitié à notre profit, et l'autre moitié à
» celui du dénonciateur, même de punition corporelle en cas
» de récidive. Déclarons nuls et de nul effet tous les achats,
» traités et arrhements qui peuvent avoir été faits; défendons à
» ceux qui les ont faits d'en poursuivre l'exécution en justice
» ou autrement; à tous nos officiers et justiciers d'y avoir
» aucun égard, à peine d'en répondre en leurs propres et privés
» noms. »

Tels sont, sur les ventes de grains vert, les textes des lois qui ont précédé la Révolution de 1789, ou, pour mieux dire, des lois qui ont précédé les idées nouvelles sur l'économie politique en fait de subsistances.

4. Celle de Louis XI ne s'entend pas seulement *des marchands*,... elle ajoute *ni autres quelconques*... elle atteint tout particulier qui fait semblables marchés.

Mais elle permet à chacun de traiter même avant la récolte, pour la provision de sa maison.

Tous les anciens jurisconsultes s'accordent à penser qu'elle a pour objet de prévenir les accaparements et les achats au comptant avant que les laboureurs ne connussent le cours des blés de la future récolte. C'est un moyen d'usure que d'acheter des fruits à naître, déguisant un prêt d'argent payable en denrées. Aussi Dumoulin bornait-il l'effet de l'ordonnance aux marchés à livrer les blés à naître d'un champ déterminé (*De*

usuris, quæst. 71, *n*os 469 *et* 470). Coquille (question 203e) reprenait avec raison Dumoulin sans le nommer, et pensait que tout marché à livrer une quantité de blé à naître, même sans distinction des fonds qui doivent les produire, était prohibé par l'ordonnance; — mais la loi était écrite dans l'intérêt du laboureur, et par conséquent, quoique le laboureur ne fût pas marchand, Coquille croyait qu'il n'y avait pas nullité à son égard, mais qu'il fallait le libérer par une estimation modérée du blé à livrer.

L'ordonnance de Charles IX et celle de Louis XIII ne parlent que des marchands, mais laissent subsister celle de Louis XI, qu'elles n'abrogent pas.

La déclaration de 1694 indique bien nettement qu'un de ses motifs est d'arrêter l'usure déguisée dans ces marchés avec les laboureurs, mais elle dit explicitement que le résultat de ces négociations est le renchérissement des grains; et, par conséquent, elle doit être entendue dans le même esprit que la loi de Louis XI.

C'est une déclaration, c'est-à-dire une loi interprétative des lois précédentes. Si nous nous en rapportons à son texte, elle atteint non-seulement les marchands, mais tous les Français *de quelque qualité ou condition qu'ils soient;* elle casse les marchés antérieurs et règle les peines.

Il nous semble qu'elle n'a pas été heureuse dans le règlement des peines, et qu'en punissant les deux parties (1,000 livres d'amende à chacun des contrevenants,—confiscation du blé, confiscation du prix), elle a pu frapper de crainte les spéculateurs, mais qu'en même temps elle a dû arrêter les plaintes des laboureurs. — Que leur importait la plainte, s'ils devaient supporter amende et confiscation du prix?

Les recueils d'arrêts nous enseignent qu'on ne concluait pas *des lois antérieures* qu'il fût généralement et absolument défendu de vendre des blés non coupés : c'étaient les circonstances qui décidaient les juges [1]. Si l'achat n'est pas fait d'un homme pauvre, qui vende sans nécessité et que les juges voient que la raison de la loi n'a pas d'application, ils peuvent s'en dispenser (arrêt du parlement de Toulouse du mois de juillet 1645, *Albert, lettre* F, *art.* 2).

[1] Il faut lire avec précaution sur ce point le *Nouveau Denisart*, mot *Blés*, § 2. Ce qu'il y dit après 1694 est extrait d'arrêts qui ont précédé cette époque.

Avant la déclaration de 1694, on trouve un arrêt du parlement de Paris, du 26 janvier 1567, qui entérine les lettres de rescision qu'un paysan avait obtenu pour son engagement envers Lescouvette, procureur à Pontoise, de lui fournir un muid de grain pendant trois années successives, moyennant 612 livres reçues comptant, et ordonne que le paysan payerait seulement le principal denier, et que ce qu'il avait payé en blé lui serait restitué (Brodeau sur Louet, *lettre* R, *somm.* 12, *n°* 5, où il en rappelle deux autres de la grand'chambre au mois d'août 1632 et 7 décembre suivant). Mais en même temps un particulier ayant vendu une certaine quantité de grain qui proviendrait de son revenu, s'étant trouvé dans l'impossibilité de les livrer, fut condamné à rendre l'argent avec l'intérêt au denier dix (arrêts du parl. de Dijon du 24 juillet 1587 et 2 mai 1655. — *Bouvot*, *v° Vente*, *quest.* 12 *et* 13). On avait donc égard à la position de fortune et au degré d'éducation du vendeur.

Les seuls arrêts postérieurs à 1694 que les recueils aient retenus sont du 13 juin et du 24 juillet 1710, et se trouvent dans Augeard, t. II, arrêt 99e. Le dernier est dans l'espèce d'un gentilhomme, qui avait promis, en 1708, de livrer pendant six années à raison de 140 septiers par an, à un voisin manufacturier, 624 septiers du blé de ses récoltes, moyennant 4,200 livres, dont l'acheteur s'obligeait de payer 700 livres par année.—Dès la première année, la récolte fut si mauvaise que le vendeur prit des lettres de rescision. Le parlement de Paris l'en débouta, ordonna l'exécution du marché, le condamna à livrer du blé ou de l'argent au prix que le *seigle* valait au 1er janvier 1709, et *l'avoine* au temps de Pâques de la même année, et néanmoins le déchargea de la livraison de 1709. L'acheteur se défendait surtout en articulant que ce marché avait été fait pour la subsistance de sa maison et de ses ouvriers. — A partir de cette époque, nous n'avons plus trouvé d'arrêts recueillis sur la matière. Nous en attribuons la rareté à la double pénalité de la déclaration de 1694, ce qui devait amener et des transactions et des arbitrages; et La Peyrère, édition de 1706, publiée deux ans après sa mort, lettre B, n° 49, dit en parlant de l'ordonnance des blés en vert : « Comme cette ordonnance » fut faite *in magnâ veterum paupertate*, à présent que le » royaume abonde en blés, je ne l'ai jamais vue en usage. »

Ainsi, dix ans après la déclaration de 1694, on regardait

dans la Guyenne les lois sur les blés en vert comme oubliées; et il fallait bien que l'exact Pothier eût la même opinion puisqu'en traitant dans son contrat de vente des choses qui ne peuvent être vendues (*n*os 10 *et suivants*), il ne parle pas des grains en vert, bien qu'il y rappelle les lois de police qui ordonnaient de jeter à la mer ou dans la rivière les grains submergés qu'un rapport de médecins aurait déclarés nuisibles à la santé. La dernière édition faite de son vivant est de 1762, trente-deux ans après la déclaration de Louis XIV.

5. Pour nous, nous pensons sans hésiter qu'avant la révolution de 1789, toutes ces lois avaient été abrogées au moins *par désuétude*. La désuétude commencée par un long état de paix et de prospérité s'est accomplie par les idées générales proclamées par l'autorité royale elle-même. Dans le cours du XVIIIe siècle ont paru la déclaration de Louis XV, du 25 mai 1763, et le non moins célèbre arrêt du Conseil du 13 septembre 1774, rendu par le roi Louis XVI sur la liberté du commerce des grains dans l'intérieur du royaume. Ces actes législatifs ne parlaient pas des blés en vert..... C'est vrai, nous l'avouons : mais si le premier conserve encore quelque retenue dans l'expression, en ne faisant que « *restreindre la rigueur* des règlements précédents, » le second est un *manifeste* contre l'ancienne économie politique en faveur de la nouvelle; toutes les anciennes mesures administratives y sont, sans façon et sans distinction, traitées de *dangereuses*, et le législateur y professe ouvertement la doctrine que le *gouvernement ne doit pas s'immiscer* dans la législation des grains, que les négociants sont les seuls *propres à procurer* aux peuples une véritable abondance, que c'est par le commerce seul, et par le commerce libre, que l'inégalité des récoltes peut être corrigée; puis il ordonne « qu'il » sera libre à toutes personne, de quelque qualité et condition » qu'elles soient, de faire, AINSI QUE BON LEUR SEMBLERA dans l'in- » térieur du royaume, le commerce des grains et farines..... » DÉROGEANT Sa Majesté à toutes lois à ce contraires, etc., etc. » En présence de pareils termes, on pourrait soutenir qu'il y a eu alors abrogation générale à l'intérieur, même des prohibitions d'acheter les grains sur pied, et que les exceptions à la liberté générale ne pourront plus naître que des exceptions postérieures à 1774. Sans aller jusque-là, la doctrine nouvelle proclamée par le roi était d'un esprit assez étendu pour que per-

sonne n'osât réclamer l'application de la loi de Louis XI, et pour qu'elle périt sous une désuétude commencée et dès lors presque complète. Aussi la déclaration de 1694 ne fut-elle jamais invoquée sous les disettes qui se firent sentir sur la fin du règne malheureux de Louis XVI, ni même après la chute du trône en 1792 et 1793, malgré l'atrocité des lois sur l'accaparement (V. notamment *la loi du* 16 *juillet* 1793); aussi Vernier, l'auteur des lois de messidor an III, imita-t-il la déclaration de 1694, comme on imite toute loi abrogée, sans citer la source où il puisait.

Mais de notre opinion que les anciennes lois avaient sur ce point péri par désuétude, il ne suit pas du tout que la connaissance de ces lois et de la jurisprudence qui les a suivies soient inutiles. Il en est de notre ancienne législation comme du droit romain : elle peut servir de guide aux juges *imperio rationis, potiùs quàm ratione imperii;* elle peut servir à entendre mieux les lois nouvelles, mais toutefois en se rendant compte des changements généraux ou particuliers survenus dans nos lois, même depuis la publication de la loi que nous avons à appliquer.

6. Arrivons maintenant aux lois que nous voulons examiner.

La grande disette de 1794 fut l'occasion de la loi du 6 messidor an III (24 juin 1795), art. 1er : « Toutes les ventes de » grains en vert et pendants par racines sont prohibées, sous » peine de confiscation des grains et *fruits* vendus; casse et » annule toutes celles qui auraient été faites jusqu'à présent, en » défend l'exécution sous la même peine de confiscation, dans » le cas où elles seraient exécutées postérieurement à la promul- » gation de la présente loi. » Art. 2. « La confiscation sera sup- » portée moitié par le vendeur, moitié par l'acheteur, etc... »

Une seconde loi du 23 du même mois vint limiter la généralité des termes de la première, et décréta que « dans la prohi- » bition portée par la loi du 6 messidor sur les ventes de grains » en vert et pendants par racines, ne sont pas comprises celles » qui ont lieu par suite de tutelle, curatelle, changement de » fermier, saisie de fruits, baux judiciaires et *autres de cette* » *nature*. Sont également exceptées les ventes qui compren- » draient tous autres fruits ou productions que les grains. »

La première partie de cette loi (car les deux n'en font réellement qu'une seule) fut présentée à la Convention par le représentant Vernier, à la séance du 6 messidor an III, au nom

du comité de *salut public*. Le *Moniteur* de ce temps ne dit même pas qu'elle a été adoptée.

Dix-sept jours après, la continuation en fut présentée à la séance du 26 messidor par le même représentant Vernier, au nom du comité *des finances*. Le *Moniteur* constate que la loi fut adoptée aussitôt et sans discussion.

7. La première question qui se présente sur ces deux lois est de savoir si elles existent encore, et si elles n'auraient pas été abrogées.

Elles ont été abrogées, disent les uns, et ne subsistaient plus à l'époque de la publication du Code civil ni à celle du Code pénal. Telle a été l'opinion de M. Massé, *Droit commercial*, t. II, n° 399; de M. de Molènes, *Manuel du procureur du roi*, t. I, p. 220, de M. Émion, *Législation des céréales*[1], p. 85, appuyée de l'autorité d'un arrêt d'Agen du 2 août 1830, Dev. et Carette, XXXII, 2, 126.

Mais cette opinion nous a toujours paru une illusion.

Ces deux lois sont en vigueur sous le rapport et du droit civil et du droit pénal. Ce sont des lois de police conservées par les art. 544 et 1598 du Code civil; et, comme elles prononcent des peines pour une espèce de délits dans une des matières que le Code pénal ne règle pas d'une manière générale, ces lois n'ont pas été abrogées par le Code pénal; ce sont donc les peines prononcées par la loi du 6 messidor an III, qu'il faut appliquer aujourd'hui aux ventes de grains en vert (*Arg. de l'Avis du Conseil d'État*, 8 *février* 1812, remplacé aujourd'hui par un nouvel alinéa à l'article 484 du Code pénal. (V. *Merlin*, *Vente*, § 1, *art.* 1, *n°* 6; *Toullier*, *t.* VI, *n°* 118; *M. Troplong*, *Vente*, *n°* 223.)

Nous écartons du débat, conformément au désir de M. Émion, et les lois romaines, et les Capitulaires, et les lois de Louis XI,

[1] La *Législation, jurisprudence et usages du commerce des céréales*, par *M. Victor Émion*, est un bon livre, un livre nécessaire, et la critique que je fais du passage que j'examine ne porte en rien sur l'ensemble de l'ouvrage, qui, bien écrit, méthodiquement divisé, renferme une foule de documents précieux, et convient aux cultivateurs instruits comme aux jurisconsultes. Nous différons beaucoup dans les appréciations générales, parce que M. Émion penche un peu trop vers la nouvelle économie politique; mais nous nous rapprochons souvent sur le terrain du droit qui nous est commun, car M. Émion a fréquemment le sage mérite de faire le sacrifice de ses opinions devant les textes.

à Louis XIV : nous venons de reconnaître leur abrogation par désuétude. Mais M. Émion me permettra de dire que l'abolition des maîtrises, des jurandes, des entraves à la circulation intérieure, la liberté proclamée dans le mode de culture par les lois de 89 sont choses étrangères à la question. Il s'agit de savoir si une loi de l'an III, restrictive de la liberté promise auparavant, a été abrogée par une loi postérieure. Pour parvenir à le prouver, il regarde la loi de messidor comme le complément nécessaire des lois révolutionnaires sur les subsistances, qui interdisaient le commerce de grains aux meuniers sous peine de dix ans de fer (*loi du* 10 *septembre* 1793), les accaparements sous peine de mort (26 *juillet* 1793), et introduisaient un *maximum* (11 *septembre* 1793) : or, sur ce point, M. Émion se trompe. En l'an III, surtout en messidor, le calme était revenu ; la législation s'adoucissait ; la peine de mort contre les accapareurs avait été suspendue, même pendant la terreur (2 *nivôse an II*); les entrepreneurs de roulage et les commissionnaires avaient été dispensés deux mois après le 9 thermidor an II, de déclarer les marchandises déposées chez eux en transit (8 *vendémiaire an III*) ; les lois sur le maximum étaient abolies six mois avant la loi qui nous occupe (4, 5, 11, 14 *nivôse et floréal an III*). Ainsi, loin de former le complément nécessaire du système adopté pendant la disette, les lois de messidor sur les ventes de grains en vert sont un système nouveau pour prévenir les accaparements en détail *pendant que le blé n'est pas encore marchandise*, d'autant plus gouvernemental que les lois révolutionnaires sur l'accaparement allaient tomber d'elles-mêmes.

Cette erreur dissipée, quels sont les autres arguments de l'opinion contraire? Il est survenu une loi du 21 prairial an V dont l'effet, dit-on, aurait été d'accorder, dans de sages limites, la liberté du commerce de grains, de l'émanciper de la dépendance du gouvernement et de la laisser seulement sous sa surveillance. Cette loi n'aurait aboli explicitement que trois lois spéciales, celles des 4 nivôse an III, 4 thermidor an III et 7 thermidor an IV; mais son esprit est plus étendu que son texte. Il a virtuellement aboli les lois contraires à la liberté du commerce, telle que la loi du 10 septembre 1793 prononçant la peine de dix années de fer contre tout meunier faisant commerce de grains et farine; il a de même virtuellement aboli la loi de messidor.

Mais ce système fait dire à la loi du 21 prairial an V ce qu'elle ne dit pas. La déclaration d'urgence, conçue en termes un peu pompeux, annonce qu'en présence de l'abondance de la récolte, il est nécessaire de supprimer promptement *plusieurs formalités* que des circonstances extraordinaires avaient nécessitées pour l'achat et l'approvisionnement des grains, mais elle ne dit nullement que ces formalités où d'autres ne pourront jamais être rétablies. D'ailleurs, la prohibition de vendre les grains en vert est une loi *du fond* et non une loi établissant *des formalités*.

L'article 1er porte que « *la circulation des grains sera entiè-* » *rement libre dans l'intérieur de la République.* » A proprement parler, c'est là toute la loi. — L'article 4, « que les mar- » chands de grains et les blatiers ne seront plus assujettis à se » munir de bons des municipalités. » — L'article 5, « que les » particuliers n'auront plus besoin de bons ou permis des mu- » nicipalités pour faire des approvisionnements, soit dans les » marchés, soit ailleurs, soit réellement; » et en conséquence, la loi rapporte certaines dispositions insérées dans la loi sur les patentes des 4 thermidor an III et sur la police des grains du 7 vendémiaire an IV, notamment l'article 17 de la première loi et l'article 1er de la seconde, qui voulaient que les grains ne pussent être vendus ailleurs que dans les lieux publics et jours de foire ou marchés publics.

Ceci posé, peut-on conclure que cette loi ait virtuellement abrogé soit la loi du 10 septembre 1793 sur l'incompatibilité entre la profession de meunier et celle de commerçant en grains et farines, soit la loi du 6 messidor prohibitive de la vente de grains sur pied?

Évidemment non. D'abord l'incompatibilité législativement établie entre la profession de meunier et celle de commerçant en grains et farines, pour prévenir les fraudes envers les pratiques du meunier, n'a rien de commun avec la libre circulation des grains. Ce n'est donc pas la loi du 21 prairial an V qui a détruit le décret du 10 septembre 1793; il a été abrogé par sa propre atrocité (dix ans de fers!), par le bon sens public, par celui des magistrats du parquet, par l'usage constant depuis du mélange des deux professions; en un mot, ce décret a péri par désuétude.

Quant à la loi sur les grains en vert et sur pied, la loi sur la libre circulation des grains y est encore plus étrangère; puis-

qu'au moment du contrat, la chose vendue est *insusceptible* de circulation, et que sa nature y résiste. Donc la loi du 21 prairial an V n'a pas eu en vue les grains en vert; donc elle n'a point abrogé la loi du 6 messidor an III.

8. Puisque la loi de messidor n'a pas été abrogée textuellement, qu'elle ne l'a pas été non plus virtuellement ou tacitement par les lois qu'on allègue; qu'elle n'a pas été frappée de désuétude, comme le témoignent les arrêts; qu'elle se trouve au nombre des lois qui prohibent particulièrement l'aliénation de choses déterminées, et comprise ainsi sous l'article 1598 du Code Napoléon, enfin puisqu'aucune disposition législative ne révoque la peine que cette loi inflige, elle subsiste donc, comme nous l'avons dit au commencement du n° 7.

Mais en l'appliquant, prenons garde d'être trop sévères. Cette loi est une exception au droit commun, une exception à l'exercice du droit de propriété : c'est une loi pénale. Il est donc nécessaire de ne jamais l'appliqner contre son texte, et d'en bien étudier les circonstances, les termes et l'esprit.

9. Cette loi comprend tous les grains proprement dits (fruits et semences de toute espèce de blés), froment, seigle, méteil, orge, avoine, blé de Turquie, sarrasin ou blé noir, etc. Nous avons vu ci-dessus que dans l'application des lois anciennes, l'avoine était comprise (*V. p.* 24); mais il ne faut pas étendre la loi aux graines ou autres produits propres à la nourriture des hommes, telles que la pomme de terre, les pois, les fèves, etc. Tout ce qui ne tombe pas dans la compréhension du mot *grains* est formellement excepté de la prohibition et laissé à la liberté du commerce, à moins qu'une autre loi spéciale ne vienne limiter cette liberté.

10. La loi prohibe « *toute vente de grains en vert et pendants par racines.* » N'oublions pas en lisant ces mots que la loi est du 6 messidor, c'est-à-dire du 24 juin, comme la déclaration de Louis XIV, rendue à l'approche de la récolte, pour arrêter la spéculation des marchands à l'instant qu'elle se formait; qu'elle casse les marchés anticipés que l'intérêt mercantile et l'avarice des laboureurs pouvaient avoir contractés; qu'elle arrêtait l'accaparement dans son principe, dans sa naissance, sous des mains subalternes qui devaient faire passer leurs marchés au commerce en gros, et l'on aura le vrai sens des mots « *toutes ventes de grains en vert et pendants par racines...*

C'est le trafic des *grains* en vert que le législateur veut arrêter.... Il évite les mots de *blés en herbe*. Ce que le législateur défend, c'est la vente des blés, vendus comme blés avant que les blés soient coupés.

Ainsi ce serait calomnier la loi que de dire qu'elle empêcherait un cultivateur ayant ensemencé une pièce de terre en blé qui n'aurait pas réussi, de vendre à un voisin le droit d'en faire paître l'herbe avant de changer le mode de culture de cette pièce. La loi ne défend pas de vendre l'herbe d'un ensemencement inutile et improductif; mais elle veut qu'on ne détruise pas les blés par des ventes prématurées des grains qu'ils produiront.

11. La vente volontaire des blés en vert n'est même pas permise dans les six semaines qui précèdent la récolte..... On ne peut pas conclure de la faculté de saisir-brandonner (V. C. proc., art. 626) à la faculté de vendre volontairement.

Ainsi sont prohibées les distinctions qu'on faisait dans l'ancien droit entre les blés vendus sur pied dans un temps voisin de la récolte, et de ceux qu'on vendrait bien avant la maturité. (V. sur ces distinctions *Brillon*, mot *Grains*.)

12. Une question plus délicate est l'intelligence des mots : *et autres ventes de même nature*, dans la loi du 26 messidor. S'il n'y avait d'exception que pour les ventes qui ont lieu par suite de *tutelles*, *curatelles*, *saisie de fruits*, *baux judiciaires* et *autres de cette nature*, on pourrait prétendre que la loi a entendu n'excepter de la prohibition que les ventes judiciaires.

13. Encore la conclusion ne serait-elle pas exacte; car toutes les ventes de pure administration faites par le tuteur, curateur, séquestre ou administrateur ne sont pas des ventes judiciaires : elles sont mises au rang des ventes volontaires.

Cependant elles n'en sont pas moins faites PAR SUITE de tutelle, de curatelle et d'administration judiciaire. Ainsi, on doit dire qu'il n'y a pas contravention à la loi dans la vente de gré à gré que le tuteur fait de blés sur pied dont il trouve un bon prix, surtout si les mercuriales suivantes justifient ses prévisions; ni dans la vente volontaire qu'il en ferait faire sur pied publiquement et par officier public; et qu'il n'y aurait pas plus de contravention de la part de tout autre administrateur judiciaire, quoique la vente fût volontaire.

De là il suit que ce ne sont pas seulement les ventes judi-

ciaires, mais encore les ventes volontaires d'administration faites par les administrateurs judiciaires, qui sont exceptées de la prohibition. Qu'on ne craigne rien de cette exception. Elle est dans l'esprit des lois anciennes et nouvelles; car elles n'ont voulu atteindre que le propriétaire *trafiquant* de ses blés en vert. Contre le propriétaire est prononcée la confiscation. D'ailleurs, les administrateurs judiciaires, les tuteurs datifs ou testamentaires n'ont aucun intérêt à faire ces sortes de ventes, à moins d'y être contraints par quelque nécessité particulière. Ils n'y ont aucun intérêt personnel, puisqu'ils doivent compte du prix et courraient le danger de dommages-intérêts pour mauvaise administration : ils ne devaient donc pas être compris dans la prohibition, car l'exception ne pouvait être dangereuse.

Mais par la raison contraire, la qualité de tuteur légal ne me paraîtrait pas devoir excepter de la loi le père *ayant l'usufruit légal* des biens du mineur. S'il vend les grains en vert sans une nécessité justifiée, il trafique des résultats de son usufruit, et peut être puni comme propriétaire des blés qu'il a vendus sur pied. Nous ne voyons guère que la nécessité de payer une dette exigible de la succession qui puisse autoriser à vendre ainsi.

14. Y a-t-il d'autres ventes volontaires exceptées de la prohibition que les ventes d'administration faites par les tuteurs et les administrateurs judiciaires?

Oui; car les mots « *et autres ventes de même nature* » affectent aussi les mots « *changement de fermier.* »

Les mots « *changement de fermier* » signifient le cas où un colon partiaire, devenant incapable par accident de continuer son bail, se trouve forcé de vendre les semences et labours qu'il a faits ou les blés en herbe, au fermier que le propriétaire lui donne pour successeur.

Ils signifient encore que quand un fermier à qui n'a pas été interdit le droit de sous-louer, sous-loue ou cède la ferme, il peut licitement vendre l'emblavement ou les blés sur pied à son sous-fermier, ou cessionnaire de la ferme. Ce sont deux cas de nécessité.

Donc les ventes de blés en vert commandées par une nécessité ne sont pas en elles-mêmes proscrites. C'est comme si la loi avait dit : « Sont exceptées de la prohibition *les ventes volontaires commandées par la nécessité, suivant leur analogie avec les cas énumérés par la loi.* »

Ainsi, il ne nous semble pas faire doute qu'un vieux laboureur qui veut se retirer, ou qu'un jeune laboureur qui veut changer de profession, ne puisse licitement vendre son emblavement ou ses blés sur pied. Cependant ces deux cas ne sont pas compris dans l'énumération législative.

15. Mais où s'arrêter dans la voie des exceptions? Faudra-t-il énerver la loi en les multipliant? Faudra-t-il, pour n'en pas altérer l'efficacité, l'appliquer dans tous les cas non énumérés?

Il en faut pénétrer l'esprit pour répondre à cette question.

L'esprit s'en révèle d'abord par l'époque à laquelle elle a été faite : on sortait d'une disette affreuse; on repoussait les accaparements; on craignait que les gros fermiers et les blatiers ne spéculassent sur les récoltes des petits cultivateurs, et le commerce sur tous.

Cet esprit a été parfaitement pénétré par Merlin (*au lieu cité*), quand il a dit : « Quelle est la matière à laquelle appartient la » loi du 6 messidor an III? C'est incontestablement celle des » délits qui peuvent se commettre dans les *actes de com-* » *merce!* »

Or nous tenons, non sans quelque apparence de raison, qu'un jurisconsulte consommé dans toutes les parties du droit français, tel que M. Merlin, est plus apte à attester l'esprit d'une loi rendue pendant qu'il était aux affaires, que les jurisconsultes actuels réduits aux conjectures. Par conséquent, en combinant le préambule de la déclaration de 1694, la rédaction des lois de l'an III, la liberté laissée aux magistrats d'élargir la sphère des exceptions par les mots « *et autres ventes de cette nature*, » et l'opinion de Merlin que cette loi a pour objet la répression d'*actes de commerce illicites*, nous concluons que cette loi a pour objet la répression des achats et ventes de blés sur pied *faites par esprit de trafic*.

Nous voudrions pouvoir dire que les lois de l'an III avaient aussi pour objet de réprimer les achats faits afin de profiter de la misère des vendeurs; mais à nos yeux il est certain que ce but si ouvertement marqué dans les lois anciennes n'a point été le mobile du législateur de l'an III. La prohibition de la loi du 6 messidor vient du comité *de salut public*; celle de la loi du 23 vient du comité *des finances* de la Convention. C'est assez pour indiquer que la loi a été dictée par un intérêt public

et non dans le but principal de régler des intérêts privés.

Mais cela ne veut pas dire que les intérêts privés n'en peuvent pas profiter. Au contraire, comme personne ne peut faire de conventions contraires aux lois d'ordre public, il est évident que le vendeur trompé, soit par son ignorance, soit par l'ascendant de l'acheteur, soit même par sa fraude ou par l'événement, est libre de contester la validité du marché aux termes de l'article 6 du Code Napoléon, sans être tenu d'alléguer le vice de la convention ni l'usure dont elle est entachée.

Cela ne veut pas dire que, dans les cas spéciaux où ces ventes sont exceptées de la rigueur de la loi, le laboureur qui aura consenti en apparence l'aliénation de ses blés, ne pourra pas démontrer que cette vente se résout en un prêt fait pour la culture, mais payable *en grains*, dans des circonstances où on lui aurait imposé de rendre beaucoup plus qu'il n'avait reçu, et qu'il est en conséquence protégé par les lois nouvelles sur l'usure déguisée. Cela ne veut pas dire non plus que le vendeur ne puisse pas argumenter utilement des circonstances de fait pour démontrer que le contrat est vicié par erreur, par la crainte, etc., etc. Le vendeur n'en demeurera pas moins protégé par le droit commun.

Donc, et nous ne pouvons trop le répéter, l'esprit des lois de l'an III est de réprimer *les actes de commerce illicites* que peuvent présenter les ventes de grains en vert ; de les réprimer d'une manière absolue, comme moyens facilitant l'accaparement, sous les exceptions à résulter de la loi du 23 messidor ; et ces exceptions paraissent conduire à cette règle générale que, « toutes les fois que le fait ne présentera pas *la volonté commerciale chez l'une des deux parties* de faire un trafic de ces blés », on devra rentrer dans l'exception exprimée par les mots « *et autres ventes de même nature.* »

En effet, remarquons bien qu'au temps des lois de messidor, le juge n'avait pas le pouvoir d'interprétation de la loi dans les cas particuliers non ressortants du texte, et que pour tant la loi de messidor le leur donne par ces mots, « *et autres ventes de même nature.* » Ajoutons que, cela ne fût-il pas, le référé au législateur a été aboli par les articles 4 et 5 du Code Napoléon, et qu'en conséquence les juges peuvent valablement aujourd'hui interpréter les lois de messidor an III, pourvu que l'interprétation n'ait rien de réglementaire, et qu'elle ne

contrarie pas l'intention principale de la loi d'atteindre tous les actes de trafic des grains avant la récolte.

16. Passons maintenant à la jurisprudence des arrêts. La doctrine d'un arrêt d'Agen, du 2 août 1830 (S., 32, 2, 126, P., t. XXIII, p. 738), qui nie l'applicabilité actuelle des lois de l'an III, est repoussée généralement et doit l'être.

17. Ces lois doivent être appliquées, même quand les parties auraient agi dans l'ignorance de la loi et annulé leur marché avant toute poursuite du ministère public, parce que nul n'est censé ignorer les lois de police, pas même l'étranger; et que le délit de vente illicite est accompli indépendamment de la livraison (Orléans, 9 nov. 1847; Dev. et Car., 47, 2, 653; Pal., t. II, de 1847, p. 748. — Cass., 7 sept. 1854; Sir., 54, 1, 752; Pal., t. I, de 1855, p. 480).

18. C'est une fausse intelligence de la loi de penser qu'elle ne s'applique pas au cas où la livraison ne se fera qu'au moment où la récolte sera effectuée par le vendeur (Cass., 7 sept. 1854). Il suffit que le prix ait été fixé avant la récolte et que la quantité demandée ait été promise pour que le délit existe.

19. Il est par trop évident que la vente d'une quantité déterminé à provenir de la récolte (par exemple 300 doubles décalitres) est un délit de la même nature que la vente en bloc (Cass., 8 fév. 1856; Dev. et Car., 1856, p. 560).

20. La vraie difficulté de ces lois consiste dans la mesure à garder sur les exceptions prononcées formellement, ou permises au juge, par la loi du 23 messidor an III.

Nous croyons que la Cour d'Orléans est entrée dans le véritable esprit de la loi en déclarant valide la vente qu'en payement de partie des reprises de sa femme, le sieur Janvier avait faite à celle-ci le 8 janvier 1848, de l'emblavement des terres dont il était fermier: la séparation de biens était récente; la vente était plutôt une dation en payement qu'une vente, et l'affaire présentait cela de particulier que la femme était obligée au payement des fermages. Un créancier du mari demanda vainement l'annulation de cette vente (Orléans, 2 mars 1849; Dev., et Car., 49, 2, 465.) — Il n'y avait de la part de la femme ni du mari aucune pensée de spéculation.

21. La Cour de Caen a jugé de même dans l'espèce suivante, par arrêt du 11 mai 1846:

Chapsal s'était rendu adjudicataire, le 22 juillet 1845, d'un

domaine tenu à ferme par Victor Moulin, qui jouissait sans bail, mais prétextait un bail verbal. Le même jour, Chapsal, pour se débarrasser des prétentions de Moulin, lui acheta les récoltes excrues sur le domaine acheté par lui, et en outre une levée d'environ 20 ares sur une pièce dont Moulin était propriétaire et qui, quoique pour son compte, faisait partie de l'exploitation à laquelle il renonçait par ce traité.—Oriot, créancier de Moulin, fit plus tard un procès à Chapsal, et fut débouté de sa demande.

Il est évident que, dans cette espèce (qui n'est pas celle du changement de fermier, mais de la renonciation au bail et d'une transaction sur des prétentions de droit), il n'y a aucune pensée commerciale chez aucune des parties. Aussi Oriot a-t-il été débouté de sa demande. (V. Sir., 48, 2, 42.)

De même, le tribunal de Montbrison, par jugement du 21 juillet 1847, a jugé que la vente que le colon partiaire faisait à son propriétaire de moitié de la récolte pendante, pour se libérer de ce qu'il pouvait devoir d'ailleurs à raison du bail, n'était en réalité qu'une transaction destinée à éviter les frais d'une poursuite sur une chose frappée du privilége du propriétaire.

22. Mais la Cour de Bourges, par arrêt du 6 janvier 1844, avait pensé le contraire : elle a, dans l'intérêt d'un créancier du fermier, déclaré nulle la vente authentique que le colon Gilbert Lescot avait faite à son propriétaire, Busson de la Vève, de la moitié lui appartenant avec l'acquéreur, de toutes les récoltes en céréales pendantes par racines dans les dépendances dudit domaine (Dev. et Car., 45, 2, 522; Pal., 1845, t. I, p. 695).

Nous ne comparons pas l'arrêt de Bourges à l'arrêt de Caen (les espèces en sont différentes), nous le comparons au jugement du tribunal de Montbrison. Ils paraissent de doctrine contraire; mais connaissons-nous bien les faits? Dans l'une des espèces, le propriétaire achetait-il les blés pour les revendre, et, dans l'autre, était-il certain que la totalité aurait à peine suffi aux besoins de sa maison? Cependant, nous penchons pour la décision de l'arrêt de Bourges.

A moins qu'il n'y ait lieu à résilier le bail, quand le propriétaire achète les blés sur pied, ou à moins qu'il ne prouve que ces blés n'excèdent pas les besoins de sa consommation, on doit présumer qu'il a intention de les revendre; donc il y a pensée de négoce et acte de commerce; il y a aussi, selon le prix, crainte qu'il n'ait abusé de sa position de créancier. En

vain parle-t-on de son privilége. Ce privilége, qui prime tous les autres, est une raison de plus pour qu'il n'achète pas à l'avance; et, si les produits de la ferme sont importants, les frais de saisie-brandon ne méritent pas d'entrer en considération.

Si, au contraire, on se trouve à fin de bail, qu'il soit dû au propriétaire plus que la vente ne peut produire, qu'il ait fait saisir-brandonner, et qu'il perde encore sur ce qui lui est dû quand il donne quittance finale à son fermier, au moyen de la dation en payement de sa récolte en blés sur pied, nous adoptons la jurisprudence du tribunal de Montbrison. Une transaction peut être mélangée de vente, mais n'est cependant pas une vente, quoiqu'elle puisse en payer les droits quand elle est translative d'un droit nouveau. Une dation en payement (ce contrat si semblable à la vente) sera frappée des mêmes droits que la vente; mais examinée civilement, elle sera d'une autre nature. Or ce ne sont que les ventes proprement dites et les achats par esprit de trafic que la loi spéciale a voulu réprimer.

23. Nous dirons nettement ici ce que nous n'avons dit déjà plusieurs fois qu'en passant. Il suffit, pour l'application de la loi du 6 messidor an III que l'intention de trafic existe d'un seul côté. Le laboureur qui vend ses blés ne fait pas acte de commerce; mais quand il les vend sur pied à quelqu'un qui doit les revendre, il sait que l'acheteur est marchand ou veut l'être. Par conséquent, il participe au délit de celui qui fait une spéculation défendue, et se trouve soumis à la peine prononcée par l'art. 2 de la loi du 6 messidor an III.

24. Les auteurs et surtout les arrêtistes ont induit d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1848 (J. du Pal., 1848, t. Ier, p. 537; Dev. et Car., 48, 1, 417), qu'une vente de blé sur pied *qui n'a pas pour objet une spéculation de l'acheteur* est toujours un délit.

L'arrêt dont il s'agit est sévère : mais a-t-il établi cette règle? nous ne pouvons le penser.

Les juges correctionnels constataient en fait que Flamand avait vendu à Fleury des grains en vert sur une contenance de 2 hectares 50 ares de terrain.

Quelle était la profession de Fleury? Était-il cultivateur? vendait-il des blés à d'autres? nous ne le savons pas; mais le fait d'achat d'une récolte de 2 hectares 1/2 en blés sur pied, fait présumer un acte de commerce. Il fut acquitté par le tribunal d'É-

vreux dont le jugement contenait l'éloge du prévenu, et la Cour de cassation répondit « que le motif tiré de ce que *le caractère*, » *les précédents* et la *position* de Fleury repoussent l'idée d'une » *honteuse spéculation* de sa part, ne laisse pas moins subsister » la volonté avec laquelle Fleury a participé à une vente quali- » fiée délit par la loi, et ne peut conséquemment détruire la » criminalité du fait. » Or cela ne veut pas dire ni qu'il n'y eût pas eu spéculation commerciale par Fleury, ni que la vente serait délictueuse sans esprit de trafic et de spéculation ; cela se borne à enseigner que l'honorabilité du prévenu n'empêche pas l'existence d'un délit volontaire ; d'où il suit que la doctrine n'en doit pas induire la règle *qu'une vente qui n'a pas pour objet une spéculation de l'acheteur* est toujours un délit.

25. Cherchons un exemple qui fasse bien entendre notre pensée.

La Cour de cassation, par son arrêt du 7 décembre 1854 (Dev. et Car., 54. 1. 751 ; Pal., 55, t. I, p. 480), a cassé un arrêt de la Cour impériale de Rennes, qui avait relaxé de la prévention Houée et Chéret, dont le premier, provoqué par l'admiration de l'autre sur la beauté de son blé debout, et sur sa nature particulière, avait consenti vente de dix sommes de ce blé au prix de 70 francs la somme livrable en septembre 1854. La Cour de cassation y a-t-elle vu une intention d'acte de commerce? Permis de le penser, puisque rien dans l'arrêt n'y est contraire.

Mais supposons un agriculteur qui veuille propager dans son canton un blé d'une nature particulière, et qui, lorsque ce blé paraît dans toute sa beauté, promette, même avant la récolte, ou spontanément, ou sur les importunités de ses voisins, de fournir à chacun en blé de cette nature de quoi ensemencer un demi-hectare de terre. Supposons qu'il fixe dès lors le prix au-dessous de sa vraie valeur, et que les voisins l'acceptent, cet agronome désintéressé et les voisins qui auront voulu suivre ses leçons devront-ils être traduits en police correctionnelle et le blé confisqué? Nous estimons que non : car il n'y a aucune pensée de trafic d'aucun côté ; il ne peut donc y avoir pensée de délit.

La vente ne sera certes pas alors une vente commerciale. Ce ne sera ni accaparement ni acte de nature à y conduire, et l'on ne pourra y trouver une pensée d'usure. Or ce n'est que comme lois spéciales punissant *dans un acte de commerce* un

délit non prévu par le Code pénal, que M. Merlin a déclaré applicables les lois de messidor an III. Donc, comme dans le fait d'un agriculteur qui vend à ses voisins, agriculteurs comme lui, du blé *sur pied* pour semailles déterminées, il n'y a point acte de commerce, même quand il en tirerait un profit; comme il n'y a point non plus de la part des voisins acte de commerce à acheter du blé pour leurs propres semailles, il faut dire avec certitude que le fait ne tombe pas sous les lois de messidor.

26. Une autre question qui n'est pas sans intérêt est de savoir si, sous les lois de messidor, un particulier pouvait, sans intention usuraire, faire un marché de blé avec un propriétaire voisin pour la nourriture de sa maison pendant plusieurs années consécutives?

Nous n'en doutons pas; car, approvisionner sa maison n'est pas faire acte de commerce; ce n'est pas non plus accaparer, car l'accaparement, de sa nature, est commercial et n'a lieu que pour revendre plus tard avec un bénéfice que le temps et les besoins d'autrui produiront. Ces actes faits de bonne foi étaient, comme nous l'avons dit ci-dessus, sanctionnés par les tribunaux sous la législation précédente que la Convention n'a fait que créer de nouveau en deux lois du même mois. — Ainsi, nous supposons que le vendeur ne soit pas pauvre; que les payements ne se feront qu'au temps des livraisons et non au temps du marché; qu'il ne doit livrer que ses blés, et non en acheter d'autres; et comme la jurisprudence ancienne n'y voyait ni usure, ni trafic, ni acte de commerce, ni accaparements, il semble conforme à la logique judiciaire de ne pas voir de délit sous les lois de messidor, là où n'en voyaient pas autrefois les magistrats sous des lois semblables.

27. Nous parlons des lois de messidor, tant qu'elles ont été seules; car nous pensons que dans l'état actuel de la législation, et depuis la promulgation de l'art. 419 du Code pénal, elles peuvent régir les ventes de blé sur pied, mais elles ne régissent pas toujours les marchés de blé à livrer à terme à des marchands: ces marchés nous paraissent aujourd'hui défendus civilement par les lois de messidor, mais pénalement par l'art. 419 du Code pénal punissant (quel que ait été l'objet du marché) « tous ceux » qui.... *par des voies ou moyens frauduleux quelconques*, au- » ront opéré la hausse ou la baisse des prix de denrées ou » marchandises.... au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait

» déterminés la concurrence libre et naturelle du commerce, » seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an au plus, » et d'une amende de 500 fr. à 1,000 fr.; et par l'art. 420 d'un » emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au » plus, et d'une amende de 1,000 fr. au moins, si ces manœuvres » ont été pratiquées sur grains, grenailles, farines, substances » farineuses, pain, vin et toute autre boisson. » — Civilement, les lois de messidor ont (sauf les cas d'exception, pour lesquels elles ont laissé une grande latitude aux tribunaux en ce qui n'était pas commercial) soustrait au commerce la vente des grains en vert; elles ont civilement défendu l'achat sur pied, et conséquemment l'achat de la récolte future. Ces sortes de marchés sont donc civilement déclarés « voies et moyens frauduleux pour opérer la hausse des grains au-dessus des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, » mais ils ne soumettent leurs auteurs aux peines de l'art. 420 du Code pénal que si ces manœuvres ont fait hausser le prix des grains. — Ce n'est donc qu'au cas où les marchés à terme faits sur des blés à naître ne sont pas assez nombreux pour avoir opéré la hausse qu'on rèntrerait dans l'application des lois de messidor, et qu'on ordonnerait seulement la confiscation des grains.

28. Nous avons parcouru toute la loi, sauf la disposition finale de la deuxième partie comparée à la première.

L'article Ier de la loi du 6 messidor porte : « Toutes les ventes de *grains* en vert et pendants par racines sont prohibées, sous peine de confiscation des *grains* et FRUITS vendus..... » L'article unique de la loi du 23 messidor dit que ne sont pas comprises dans la prohibition celles (c'est-à-dire les ventes de grains en vert et pendants par racines) qui ont lieu par suite de tutelles, changement de fermier, saisie de fruits, baux judiciaires et autres de cette nature. Puis elle ajoute : « Sont également exceptées les ventes *qui comprendraient tous autres fruits et productions* que les grains.

Quel est le sens de cette dernière exception?

L'opinion générale est qu'elle ne concerne en rien les grains; qu'elle signifie seulement qu'il est permis de vendre en vert et sur pied tous autres fruits et productions que les grains.

Deux arrêts ont adopté cette interprétation : un arrêt de la Cour de Montpellier, du 4 mai 1842 (Dev. et Car., 1842, 2, 350.

D., 1842. 2, 1; Pal., 1843, t. I, p. 265), et un arrêt de la Cour de cassation, du 12 mai 1848.

Dans la première espèce, un sieur Eugène Saurin, fermier d'un sieur Vié depuis 1839, avait vendu par acte du 25 mai 1841, à un sieur Turrel « la récolte des céréales pendantes sur les biens affermés, ainsi que la luzerne qui pourrait y être récoltée pendant l'année. Il inséra dans cet acte que le propriétaire avait été payé par avance, et il paraît que l'acte n'a pas même été signifié au propriétaire. Rien ne dit non plus dans le récit des faits que Turrel fût cultivatenr, ni qu'il se soit mis en possession. Rien ne nous apprend s'il y avait dans les biens affermés d'autres fruits ou productions que les blés ou la luzerne. — Laffont et Moulins firent plus tard saisir-brandonner les blés sur Eugène Saurin, leur débiteur; Turrel forma opposition à la saisie, et prétendit qu'il se trouvait dans deux cas où la loi du 23 messidor permettait d'acheter des grains en vert; « 1° qu'il y avait eu changement de fermier, » ce que la Cour de Montpellier repoussa, parce qu'il ne s'était établi aucun rapport entre lui et le propriétaire; 2° il prétendait en même temps que la prohibition n'était pas applicable aux ventes qui, ayant pour objet des grains en vert et pendants par racines, comprendraient *en outre d'autres objets;* mais la Cour répondit « que cette interprétation donnée au second décret était *insoutenable;* que » l'*exception* dont il s'agit *laisse intacte* la prohibition du premier » décret en ce qui concerne les grains en vert, et ne s'applique » qu'*aux ventes de tous autres objets.* »—Il faut avouer que, si « d'autres objets » ne répond pas bien aux mots « *tous autres fruits et productions*, » il n'est pourtant pas bien clair qu'*une exception* à la prohibition *laisse* la prohibition *intacte*, puisque le propre d'une exception à une prohibition est de soustraire quelque chose à la défense de la loi.

Par son arrêt de 1848, la Cour de cassation, dans l'affaire Flamand et Fleury (V. n° 24), lors de laquelle les premiers juges, après avoir déclaré que Flamand avait vendu à Fleury des grains en vert sur une contenance de 2 hect. 50 ares de terroir, loin de contredire cette déclaration, s'étaient bornés à exprimer que les grains en vert, vendus conjointement avec d'autres récoltes, *n'entraient que pour la moindre partie* dans cette vente, explique la loi dans les termes suivants : « L'article 1er de la loi du 6 messidor an III est maintenu; et la loi du 23 du

même mois, déclarant que « les ventes qui comprendraient » tous autres fruits ou productions que les grains ne seraient » pas comprises dans la prohibition, » ne veut pas dire que *le mélange de quelques autres* fruits pendants par racines à une vente de grains en vert, fasse cesser l'interdiction; qu'elle a seulement « pour objet, quant à ce, d'expliquer que, nonob- » stant les termes de la loi du 6 messidor qui prononçait la » confiscation des grains et fruits vendus, la vente des fruits » pendants par racines autres que les grains n'est pas atteinte » par la prohibition. »

Cette explication est-elle satisfaisante?—Nous ne le croyons pas.

Nous pensons, 1° qu'il n'y a besoin d'aucun article spécial pour dire que la loi du 6 messidor ne prohibe pas la vente *sur pied* des fruits et productions de la terre autres que les grains. La prohibition n'a qu'un objet unique, car la proposition principale de l'article 1er est claire et sans équivoque: « *Toutes les ventes de grains en vert et pendants par les racines* sont prohibées... » Voilà ce qui seul est défendu par prohibition générale... Dès lors, une disposition qui dirait que la loi n'atteindra pas les ventes *sur pied* de tous les fruits ou productions de la terre autres que les grains, serait au moins redondante ou superflue, et cependant le représentant Vernier en a rédigé les deux parties dans un style grave et peut-être trop serré.

2° De ce que cette même loi ajoute : « *sous peine de confiscation des* GRAINS *et* FRUITS vendus, faut-il en conclure qu'elle ordonne les confiscations de *fruits indépendants des grains* dont la première phrase a prohibé la vente? Non : quand, dans la proposition principale, il n'y a qu'une prohibition unique et clairement déterminée, il faut entendre la phrase incidente de manière à la faire concorder avec la proposition principale. Le législateur ordonne la confiscation, et la confiscation s'exécutera selon l'époque de la poursuite, ou quand les grains seront mûrs, ou peut-être même avant que le grain soit formé. Or, dans ce second cas, il n'y aura pas encore de *grains* à confisquer: il n'y aura pour la Régie que les *fruits* du sol à mettre sous le séquestre. M. Vernier, le rédacteur de la loi, qui adoucissait la loi de 1694 en supprimant la double amende de 1,000 livres, s'est défié de la formule « à peine de la confiscation desdits » grains, » parce que, dans la croissance de blés, il y a un

temps où les grains n'existent pas encore, mais pendant lequel les blés en herbe ou en tuyaux sont certainement *fruits* du sol, et, pour qu'il ne pût s'élever référé au législateur sur le droit de confiscation, même pendant la croissance des blés, le rédacteur a écrit : « *sous peine de confiscation des grains et fruits vendus;* » ce qui comprend tous les âges du blé vendu d'avance.

3° Si cette interprétation est vraie, comme nous le pensons, le rédacteur des deux lois n'a pas eu la pensée d'effacer les mots *et fruits* de la première loi par la disposition finale de la seconde.

Dans cette seconde loi, il procède par exceptions à la première.

On ne peut excepter de la prohibition de l'article 1er que certaines ventes de grains en vert que le législateur a voulu soustraire à la prohibition; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'exception à une prohibition ne peut laisser la prohibition intacte.

Ainsi tel serait, selon nous, le sens grammatical de la dernière disposition.

De même que la Convention nationale a excepté de la prohibition les ventes de grains en vert et pendants par racines à faire par suite de tutelle, curatelle, changement de fermier, etc., etc.; de même (également) elle excepte de la prohibition portée par la loi du 6 messidor les ventes de grains en vert et pendants par racines, qui comprendraient tous autres fruits et productions que les grains.

C'est-à-dire, suivant nous, que le propriétaire d'un domaine, ou le cultivateur de la ferme d'autrui, qui se trouve éprouver un besoin d'argent, ne peut pas vendre sa seule culture en blé, mais qu'il lui est permis de vendre à la fois l'espérance de toutes les récoltes d'une même année sur un même domaine ou sur une même ferme; que cette vente en bloc de sa récolte future en blé, vin, prés, fruits à cidre, fait disparaître toute pensée de délit, de toute intelligence avec les spéculateurs.

Cette explication nous semble évidente; elle concorde avec toutes les parties de la loi et avec les termes qu'elle a employés.

Ainsi nous rejetons l'opinion de ceux qui prétendent qu'il suffit d'ajouter à la vente des blés en vert quelques autres

fruits et productions pour faire cesser la défense de la loi ; la loi s'est servi ici de termes universels (tous autres fruits et productions), on ne peut pas leur donner un sens partitif.

Mais de cette ressource laissée à celui qui a besoin de recevoir une année de son revenu, il ne faut pas non plus tirer d'induction contre le système que nous avons établi sur les premières exceptions et sur les mots : « autres ventes de la même nature. » Ce sont surtout les lois contraires au droit commun et à la liberté du commerce, qui doivent être appliquées avec modération.

29. Résumons ici notre doctrine.

Les lois sur la vente des blés en vert, en vigueur jusqu'au siècle de Louis XIV, ont été abrogées par désuétude pendant le XVIIIe siècle, et bien avant 1789.

L'étude de ces lois n'est cependant pas inutile. Elle sert à faire connaître l'esprit de la législation actuelle sur la même matière, en tant que le législateur nouveau peut avoir imité la législation éteinte.

Les deux lois du 6 messidor an III et du 23 du même mois, l'une prohibitive et pénale, l'autre exceptive de la prohibition de vendre des grains en vert et pendants par racines, ne font à elles deux qu'une loi unique qui est encore en vigueur.

Loin d'être des lois révolutionnaires, elles sont des lois de droit public établies dans un temps où la révolution commençait à réprimer le désordre de ses lois d'exception.

La première a été faite pour prévenir les accaparements dans leur source : elle est rendue, non-seulement contre les accapareurs, mais contre tous ceux qui, par esprit de commerce, font des spéculations mercantiles sur les blés non récoltés, et contre ceux qui consentent à les leur vendre.

Elle atteint les marchés à livrer des blés de la récolte future aux personnes qui font ou paraissent devoir en faire revente.

Elle atteint pareils marchés, même quand le vendeur ne serait pas cultivateur, ou ne cultiverait pas de blés, parce que sa spéculation sur les grains porte nécessairement sur les grains en vert d'autrui.

Elle atteint les ventes à livrer sur les propres blés du vendeur.

Elle atteint les ventes de la récolte future, même quand le propriétaire chargerait l'acquéreur de faire la récolte lui-même.

Mais cette loi rigoureuse est limitée par ses propres termes, par son esprit et son but et par ceux de la loi du 23 du même mois.

Elle est limitée par ses propres termes : c'est-à-dire qu'elle n'atteint que le contrat de vente de grains en vert, et qu'elle n'atteint pas les aliénations utiles, non pas des grains en vert, mais des blés encore en herbe, qu'une bonne exploitation agricole ordonnerait de détruire.

Si elle n'atteint que les contrats de vente de grains en vert, elle n'empêche pas les contrats à titre gratuit, ni le contrat de bail, ni même la cession d'une récolte à faire comme accessoire d'un arrangement de famille ou d'une transaction sur procès.

Cette loi est encore limitée par son esprit et son but. Nous croyons avoir démontré, par la source d'où elle a été empruntée, par les circonstances qui l'ont produite et par l'opinion de Merlin, contemporain de la loi, que son objet, son but et son esprit est de réprimer *des actes illicites de commerce.*

Et par conséquent, nous avons cru devoir en conclure qu'elle serait inapplicable au marché qu'un simple particulier ou qu'un maître de pension ferait de bonne foi avec un cultivateur pour la fourniture de sa maison l'année suivante, surtout quand ce marché à terme n'excéderait pas les besoins habituels de l'acheteur.

Elle est encore limitée par la loi restrictive du 23 messidor.

Cette seconde loi ne prononce que sur des exceptions.

Dans sa première partie, elle établit une série d'exceptions, les unes déterminées, les autres indéterminées, mais qu'elle autorise les juges à reconnaître et à approuver, pourvu que ces ventes fussent d'une nature analogue aux ventes que la loi vient d'autoriser par énumération, et comme exemples de la modération à apporter dans l'exécution de la loi principale.

Dans sa dernière partie, cette seconde loi fait (si nous ne sommes trompés) une exception à la prohibition de vendre les grains en vert et sur pied, pour le cas où la vente comprendrait non-seulement les blés sur pied, mais encore tous fruits et autres productions d'une même ferme ou d'un même domaine.

Enfin, si nous ne sommes trompés encore, en disant que

les lois de messidor défendaient les marchés à livrer avec des commerçants pour la récolte future, elles auront encore reçu une modification de l'art. 419 du Code pénal, en ce sens que, si les marchés ont produit une hausse factice, la peine sera dans cet art. 419 combiné avec l'art. 420; mais s'ils ne l'ont pas produite, la confiscation doit être prononcée par moitié contre l'acheteur et le vendeur, parce que le délit n'est plus celui prévu par l'article 419 du Code pénal, mais un délit prévu et puni par une loi antérieure non abrogée.

Nous terminerons cet article en faisant remarquer que les lois de messidor, comme la déclaration de 1694, établissent la même peine contre les deux parties, et nous réitérerons notre observation que ce système pénal est injuste si le vendeur a agi par besoin, et que, juste en apparence quand les deux parties sont également coupables, il offre le danger de les contraindre à cacher mutuellement leur faute. COIN-DELISLE.

DE LA LOYAUTÉ COMMERCIALE.

Par Charles MILLION, avocat à la Cour impériale de Paris.

Le commerce est, à notre époque, infesté par des actes de déloyauté de toute nature [1]. Conduit par la marche de nos travaux à étudier les causes de cette funeste situation, nous avons cru devoir rechercher d'abord quel devait être le type des actions du commerçant. La loyauté a fixé nos regards, et voici sur ce sujet le résultat de nos méditations.

> Ne quis supergrediatur neque circumveniat in negotio fratrem suum.
>
> *Epist. Pauli ad Thess. I.* 4. 6.

§ 1.

Le commerce et l'industrie sont régis en France par un grand nombre de lois. Ces lois sont fort diverses par leur nature.

[1] La statistique judiciaire de l'année 1857 constate que, dans le courant de cette seule année, il a été prononcé 11,046 condamnations pour tromperie, 95 pour banqueroute frauduleuse, 556 pour banqueroute simple, 111 pour délits de contrefaçon. Ajoutez à cela qu'il y a eu 10,335 déclarations de faillites.

Prises dans leur généralité, les unes réglementent ces deux sources de la prospérité nationale; les autres prononcent des sanctions sévères contre les abus et les infractions auxquelles celles-ci peuvent donner lieu.

Envisagées séparément, elles empruntent en quelque sorte leur physionomie aux objets dont elles s'occupent. Leur domaine étant très-étendu, et les matières qu'elles embrassent étant très-variées et très-différentes les unes des autres, il est de prime abord assez difficile de distinguer leurs caractères communs; cependant il suffit d'un examen assez superficiel pour voir que la plupart d'entre elles dérivent des principes généraux proclamés par les rédacteurs de nos lois civiles.

Le plus grand obstacle que l'on éprouve, lorsque l'on cherche à classer ces lois, provient de ce qu'elles paraissent en général présenter peu d'harmonie entre elles; de ce que, sous bien des rapports, elles manquent d'homogénéité, d'unité, de vue d'ensemble, et que parfois elles procèdent d'idées complétement opposées et même contradictoires. Mais cet inconvénient est inhérent à presque toutes les lois industrielles, qui ne peuvent être conçues que peu à peu et qu'au fur et mesure des nécessités et des progrès.

Il ne faudrait pas croire, en effet, par l'intitulé de l'un de nos Codes, que toutes les lois industrielles et commerciales de la France sont renfermées dans un seul corps de droit. Un semblable monument n'existe pas chez nous, et nous ne devons pas le regretter : s'il eût été tenté, il eût nécessairement été incomplet, car la multiplicité des questions que peut faire naître le commerce, et le nombre considérable des objets auxquels il s'applique défient assurément les efforts d'un législateur unique.

Il y a plus : un travail de codification, quelque parfait, quelque exact qu'on puisse le concevoir, deviendrait sinon inutile, du moins insuffisant, dès le jour où il serait achevé. Et cela parce que, d'une part, il est impossible de consigner dans un même Code des éventualités aussi mobiles, aussi changeantes que celles qui sont créées par le commerce, et que, d'autre part, une codification ne pouvant arrêter ni le progrès de l'industrie ni les besoins toujours nouveaux qui se font sentir, il y aurait continuellement des matières non codifiées.

Du reste, qu'on ne s'y trompe point, et qu'on n'attribue point

l'inconvénient ordinaire des lois industrielles et commerciales à l'absence de codification. Un travail de codification corrigerait sans doute quelques imperfections, ferait cesser quelques anomalies, mais ne produirait point certainement le résultat qu'on en attendrait; car une codification ne fait que classer et mettre en ordre des textes et des dispositions qui, malgré les efforts des législateurs, ne sont point toujours parfaitement bien déduites, ou bien logiquement enchaînés [1].

L'ordre et l'enchaînement ne peuvent être que le fait de la science, et la science sait ne jamais faillir à cette noble mission. A force d'analyser les décisions, de les décomposer, de les comparer entre elles et d'étudier leurs effets et leurs causes, elle aperçoit sous la diversité des points identiques, des éléments communs; elle arrive à reconnaître qu'il est certaines idées que l'on rencontre dans toutes les lois du même genre. Ces idées lui servent de point de départ pour coordonner ces lois, en grouper les dispositions et les épurer peu à peu. Dans ce travail, il est peu de solutions qui l'arrêtent; et si parfois elle en rencontre quelqu'une qu'elle ne puisse pas justifier dans toutes ses parties, elle cherche à en expliquer la portée et à en éclairer le sens par des exemples, des analogies, et par des rapprochements, en sorte qu'insensiblement elle rétablit l'unité et l'uniformité dans un ensemble qui, à première vue, ne semblait pas en comporter.

C'est ainsi qu'appliquant ses procédés aux lois industrielles et commerciales, la science est parvenue à découvrir que, malgré leur dissemblance, ces lois présentaient des principes communs, formulés non pas expressément, mais indiqués d'une façon assez nette et assez précise.

Disons toutefois que les principes communs que l'on retrouve dans ces lois, appartiennent à un ordre d'idées tellement élevées, tellement incontestées et tellement nécessaires, que quelles que soient les réformes que le temps ou le progrès

[1] « Dans la discussion des projets de nos Codes, dit Fremery, nous voyons » les législateurs persuadés qu'il leur appartient de décider les questions » controversées, les trancher par des considérations comme chose tout à fait » arbitraire, ne soupçonnant pas une seule fois que la décision gît dans » une déduction absolument nécessaire, et que ce qui peut leur arriver de » mieux quand ils ont fait de leur décision un article de loi, c'est de dire » une chose inutile en rencontrant juste. » (Voy. Fremery, *Études du droit commercial*, ch. Ier, p. 7.)

puissent amener, il n'y serait rien changé ni rien modifié. Il n'est donc pas étonnant que notre législation, si variée et si morcelée qu'elle soit, les ait toujours contenues, non pas, il est vrai, d'une manière formelle, mais du moins à l'état de constante application.

Le commerce, comme toute chose, ne peut exister sans éléments constitutifs, par la raison qu'il ne peut y avoir d'effets sans cause. Or les éléments constitutifs du commerce sont le crédit, la célérité, et la sécurité. Ces éléments sont des plus essentiels au commerce : si l'un d'eux disparaît, le commerce est troublé et devient impossible. Aussi toutes les lois, qui concernent le commerce, doivent, pour être en harmonie avec leur objet, se rapporter à l'une ou à l'autre de ses idées fondamentales; il est facile de faire le classement de ces lois d'après ces données; ce travail même peut avoir quelque intérêt. Comme il permet de ramener leur diversité à une sorte d'unité, nous essayerons de l'entreprendre, toutefois d'une manière très-sommaire.

Mais, auparavant, il est bon d'observer que quelque fondamentales que soient ces trois idées, c'est au crédit que l'on s'accorde vulgairement à donner la première place, comme ayant le plus d'importance et comme étant le plus indispensable au commerce. Cette opinion est légèrement exagérée, et nous devons la réduire à sa juste valeur. Considéré au point de vue privé, le crédit, en effet, semble offrir un aspect un peu différent de celui qu'il présente sous sa face large et générale.

Au point de vue privé, le crédit du commerçant peut, il est vrai, être quelquefois regardé comme la seule condition utile à la prospérité de ses entreprises, au succès de ses opérations; mais c'est qu'alors on fait abstraction des deux autres éléments constitutifs du commerce, pour n'envisager le crédit que comme une faculté purement personnelle, en vue de laquelle les tiers contractent et s'obligent avec le commerçant sans exiger d'autres garanties que celles qu'ils trouvent dans son nom, sa moralité et son honorabilité [1].

[1] « La législation commerciale est entièrement différente de la législation » civile. La prospérité du commerce dépend de la stricte et prompte exécution » des contrats qu'il produit, et la fortune des citoyens est attachée à la sage » lenteur des formes conservatrices de la loi qui les protége. Le crédit du

Encore apparaît-il clairement que si, sous ce rapport, on fait bon marché des moyens réels que pourraient assurer la sécurité des relations, c'est uniquement pour activer la marche et la célérité des transactions. Néanmoins, malgré cette contradiction apparente et comme du reste nous nous plaçons sur le terrain de la théorie, il est hors de doute que la sécurité de même que la célérité et le crédit, a une extrême influence sur la destinée du commerce.

A l'idée de crédit se rattachent évidemment toutes les dispositions légales qui tendent à assurer la sincérité des transactions, à maintenir et à consolider la confiance publique, à empêcher les illusions sur le succès d'une entreprise ou d'une exploitation, sur la solvabilité du commerçant, à déterminer les droits et charges résultant des faits commerciaux, à inspirer le respect des engagements contractés et à sauvegarder les droits acquis. On peut considérer, comme rentrant dans cet ordre, les lois relatives à la tenue des livres, à l'obligation de faire inventaire, à la publication des contrats de mariage et des actes de société, à la contrainte par corps, aux sociétés, aux lettres de change, aux prêts à la grosse, aux faillites, etc., etc.

La célérité des transactions commerciales exigeait que les contrats commerciaux fussent rapidement conclus, que la forme des actes fût simplifiée, que les opérations nécessitées par le commerce fussent facilitées, que les moyens de preuves fussent moins compliqués, et qu'en cas de contestation la procédure fût abrégée. Pour répondre à ces besoins, on a donné de l'importance aux écritures et à la correspondance des commerçants, on a imaginé de permettre le transport des valeurs et lettres de change par simple endossement, on a créé le contrat de commission, on a multiplié les moyens de preuves et surtout élargi le domaine de la preuve testimoniale, enfin on a

» commerce est personnel, le crédit civil est presque toujours hypothécaire; » la solidité de l'un est indépendante, et la sûreté de l'autre est circonstan- » cielle; c'est la terre ou la maison qui représente le crédit civil, et c'est la » bonne foi qui garantit le crédit commercial. La maison ni la terre ne peu- » vent disparaître, au lieu qu'à l'instant même où le négociant refuse de » remplir ses engagements on est en droit de soupçonner que la bonne foi a » disparu. Il faut que la loi atteigne promptement le négociant, au lieu qu'elle » peut sans danger suspendre ses effets contre le citoyen. » (Voy. *De l'influence du gouvernement sur la prospérité du commerce*, par Vital Roux, de Lyon, 1 vol. in-8°, — Paris, 1800, 2e partie, chap. 3 *in fine*.)

organisé une procédure spéciale devant les tribunaux de commerce.

Mais toutes ces précautions ne suffisaient point pour donner au commerce toute son extension. Le commerce est ombrageux; reposant sur la confiance publique, il a fallu lui donner des garanties de stabilité et le protéger contre les causes d'inquiétude et de perturbation. Un grand nombre de dispositions insérées dans le Code de commerce n'ont pas d'autres causes, et pour s'en convaincre, on n'a qu'à se reporter aux règles des contrats de commission, à celles qui gouvernent les assurances, les chartes-parties, le connaissement et le nolis. C'est également en vue des mêmes prévisions que l'on a réduit les prescriptions à un moindre délai que dans le droit civil, que l'on a institué les bourses de commerce qui ont en outre l'avantage de préciser les cours et d'éviter l'inconvénient de l'offre de la marchandise. Le ministère des courtiers et agents de change a été organisé aux mêmes fins, et dans le droit pénal, les sanctions portées contre les banqueroutiers, contre les fraudeurs, contre les contrefacteurs, contre les usuriers, n'ont point d'autre mobile.

Au-dessus de ces éléments, et comme un type à la réalisation duquel tendent toutes les lois que nous venons d'énumérer, plane la loyauté. La loyauté doit, il est vrai, de même que la vertu, être le mobile de la conduite de tout honnête homme, et, à ce titre, la loyauté se trouve être le fond de toutes les lois humaines; mais les exigences de ce mobile deviennent encore plus étroites et plus impérieuses dans la profession de commerçant; car sans loyauté, les relations commerciales perdent leur moralité, et, sans moralité, les éléments essentiels du commerce cessent eux-mêmes d'exister. En sorte que l'on peut dire qu'en matière commerciale, la loyauté est une cause qui produit pour effets le crédit, la célérité et la sécurité; or, comme ces effets sont les éléments constitutifs du commerce, on arrive à cette conclusion que la loyauté est la base même du commerce.

Cette vérité est universellement admise; mais, quoique proclamée souvent, elle ne l'a jamais été en termes plus saisissants que par le général Paixhans qui, dans un discours prononcé à la chambre des députés, en 1844, au sujet d'un projet de loi sur les marques de fabrique, s'écriait : « La probité et la

» loyauté, toujours si nécessaires partout, semblent être plus » particulièrement indispensables dans les relations commer- » ciales ; sans loyauté, pas de crédit (il eût dû ajouter, pas de » sécurité, pas de célérité); et, sans crédit, tout commerce » doit tomber. »

Ces paroles, émanées d'un cœur plein de sentiments généreux et chevaleresques, résument d'une façon très-énergique la pensée que nous avons exprimée. Néanmoins, pour lui donner toute son extension, nous devons ajouter que si la loi a cru devoir faire de la loyauté une obligation plus stricte pour le commerçant que pour tout autre individu, c'est par une considération d'utilité. Elle a craint que l'habitude des actes de spéculation ne le portât à dévier de la voie de l'honneur pour se laisser séduire par la cupidité et le désir immodéré du gain.

Effrayée des tristes ravages que ces sordides penchants ne tarderaient pas à faire dans notre société, elle a compris qu'il fallait leur imposer un frein puissant. Et, par une heureuse inspiration, elle a cherché dans le cœur humain, le remède qu'il convenait d'opposer aux excès du commerce. Le sentiment de dégoût et de haine que tout homme éprouve instinctivement pour les actes d'improbité et pour tout ce qui est immoral, l'a mise sur la trace de la loyauté; et ce type trouvé, elle s'est efforcée de l'atteindre, parce qu'elle entrevoyait que par lui elle parviendrait non-seulement à combattre les abus, mais encore à rehausser la dignité du commerce et à le couvrir d'éclat.

Cette considération ne pouvait point échapper à des législateurs intelligents, surtout en présence de traditions historiques qu'ils pouvaient facilement consulter.

D'où provenait, en effet, le mépris des Romains pour le commerce, si ce n'est des nombreux abus dont il était infesté et de l'absence de toute loyauté dans la pratique de ces opérations? C'est Cicéron qui le dit : « Sordidi etiam putandi quæstus qui » versantur a mercatoribus quod statim vendant. Nihil pro- » ficiunt, nisi admodum mentiantur. Nec verò quidquam est » turpiùs vanitate [1] »

A quelle autre cause attribuer cette répugnance presque in-

[1] De off. lib. I, n. 42.

vincible, que, dès les premiers siècles de notre monarchie, la Noblesse française a toujours manifesté pour le négoce et le trafic? Le duc de Sully, dans ses Mémoires, l'atteste par ce passage : « Rien n'a plus contribué à pervertir parmi nous l'idée » de la probité, de la simplicité et du désintéressement, ou à » tourner ces vertus en ridicule ;... rien en particulier ne dé- » grade si fort la Noblesse française que ces fortunes rapides » des traitants, des commerçants et des autres gens d'affaires ; » par l'opinion trop bien fondée, qu'ils ont répandue, qu'il n'y » a presque plus en France que cette seule voie de parvenir » aux honneurs et aux premières places, et alors tout est ou- » blié, tout devient permis [1]. »

Comment expliquer autrement l'antipathie que jusqu'à nos jours le Clergé lui-même a toujours montré pour tous les profits obtenus par les spéculations et le mouvement des capitaux? Si l'on pouvait douter, les capitulaires de Charlemagne l'apprendraient : l'un d'eux interdit le commerce aux moines et aux clercs [2], l'autre le défend aux Pénitents : « nulla lucra nego- » ciationis Pœnitentibus exercere convenit, quia difficile est » inter ementes vendentesque commercium non intervenire » peccatum [3]. »

N'était-ce point également pour assurer la loyauté dans l'industrie que saint Louis avait cru devoir organiser les corporations de travailleurs, et faire rédiger ce fameux Code industriel des Établissements des métiers de Paris, dans lequel il faisait consigner tous les procédés qui devaient être employés pour la bonne confection des produits ; et les rois, ses successeurs, lorsqu'ils ont persévéré à conserver le système des maîtrises et des jurandes, en dépit des plaintes qu'il soulevait, n'obéissaient-ils pas à la même inspiration? Turgot lui-même, dans le discours qui sert de préambule au fameux édit de 1776, tout en démontrant l'impuissance de ce régime, n'hésite pas à reconnaître qu'à leur origine les corporations ont été utiles pour moraliser le travail.

Or, en présence de ces faits, peut-on encore s'étonner de rencontrer, dans nos lois modernes sur le commerce, la loyauté érigée à l'état de principe. Évidemment non ; car la loyauté si

[1] Mémoires de Sully, lib. XII, t. II, p. 67. Édit. in-4, Londres, 1745.
[2] Baluz., lib. I, cap. 22.
[3] Baluz., lib. VII, cap. 62.

essentielle à la nature même du commerce, devenait un corollaire des plus inévitables du régime de la liberté commerciale.

Ce régime, dont l'abus conduit à la licence, repose incontestablement sur l'idée de loyauté qui seule peut le maintenir dans sa voie féconde et naturelle. La loyauté est pour le commerce rendu libre la sauvegarde la plus certaine contre les débordements de la cupidité et de la fraude; c'est elle qui, plus que les lois prohibitives, plus que les châtiments, peut inspirer aux industriels et aux commerçants, affranchis du joug des jurandes ou de la servitude des maîtrises, le respect de leurs devoirs professionnels et les sentiments d'honneur qu'ils doivent apporter dans l'exercice de leur profession. Aussi est-il parfaitement concevable que toutes les lois commerciales en aient fait une obligation des plus strictes.

Qu'est donc cette obligation? comment doit-elle être comprise? quelle en est la nature? quel en est le mobile? Voilà ce que nous nous proposons de rechercher sommairement et sans avoir le moins du monde la prétention d'enseigner des règles que pratiquent tous les commerçants même les moins érudits et les moins lettrés, nous voulons seulement essayer dans un travail rapide et concis de définir ces règles, et d'en déterminer la limite d'application, leur principe et leur but.

Pour bien se rendre compte de l'importance et de l'étendue de l'obligation de loyauté, étudions-en l'aspect et les caractères, en envisageant le commerçant dans les diverses positions qui lui sont faites par nos lois, dans les rapports qu'il peut avoir avec les différents membres de notre Société; et examinons dans chacune de ces situations quelles peuvent être les exigences du devoir qu'il a à remplir. Mais, avant de procéder à cet examen, il nous faut essayer de préciser ce que l'on doit entendre par la loyauté et déterminer, autant que possible, le sens de cette expression. Cette définition éclairera notre sujet, et fera mieux comprendre les appréciations que nous pourrons faire de la législation qui régit actuellement notre commerce et notre industrie.

§ 2.

Comme nous le verrons dans la suite de ce travail, les prescriptions de la loyauté sont très-variées et très-larges. Changeant d'aspect et de formes suivant les situations, suivant les

circonstances, elles obligent en quelque sorte ceux qu'elles concernent à en faire une étude incessante.

Cette étude est souvent rendue facile par le soin que les législateurs ont mis à formuler les devoirs de ceux dont ils règlent les intérêts. Dans ce cas, il suffit, pour ne point faire fausse route et ne point faillir, de s'en tenir à la pratique de la plus vulgaire probité, c'est-à-dire d'observer strictement toutes les dispositions légales instituées pour le maintien de l'ordre social.

Mais les lois humaines n'ont pas tout prévu, elles ne le pouvaient pas, elles ne le devaient pas, et nous verrons combien elles sont incomplètes et peu explicites sur le sujet qui nous occupe. Or, il est de principe que, lorsque leur appui nous manque pour guider notre conduite, nous avons un moyen infaillible d'en trouver la direction : c'est de nous replier sur nous-même et de nous poser la question du *juste* et de l'*injuste*.

Ce criterium est le seul que nous ayons pour nous rendre compte de la valeur d'une action, et quelque délicate que soit une semblable épreuve à cause des erreurs sans nombre qui peuvent s'y glisser, par suite de circonstances de faits ou de mobiles intéressés, nous devons y recourir comme étant le mode d'appréciation le plus sûr qu'il soit au pouvoir de l'homme de faire usage.

Ainsi, nous pouvons donc dire que toutes les fois que la loi elle-même, en définissant les devoirs du commerçant, n'a point prononcé d'une façon précise et formelle sur le mérite d'une action, que toutes les fois qu'il n'y a ni probité ni improbité à la commettre ou à s'en abstenir, ce n'est qu'en faisant appel au jugement impartial de la conscience qu'il est possible d'en distinguer le vrai caractère; et la conscience discernera d'autant plus facilement ce caractère qu'elle sera plus secondée par une plus grande intégrité de mœurs et un plus grand amour du bien; mais l'intégrité de mœurs et l'amour du bien ne peuvent point, à eux seuls, conduire à la loyauté.

La loyauté suppose le concours de plusieurs conditions essentielles, et sans lesquelles, quelque avouable qu'ait été une opération commerciale, on ne peut point affirmer qu'elle ait reçu la fin la plus équitable, la plus juste et la meilleure possible. Pour qu'une opération commerciale puisse être considérée comme loyale, il faut que restreinte dans celles qu'il est

loisible à un commerçant sérieux et soigneux de sa dignité d'entreprendre, elle soit inspirée par une constante habitude de régularité, par un sincère désir de n'en retirer aucun profit illicite, par un respect en quelque sorte religieux des droits d'autrui, par un zèle ardent à remplir les engagements qui en dérivent et par une franchise inaltérable dans ses moindres détails.

Toutes ces conditions caractéristiques de la loyauté commerciale sont nécessaires à la sûreté et au développement du commerce et de l'industrie; car elles sont le plus ferme appui du crédit et de la confiance publique. Leur violation ou leur défaut ont pour résultat non pas seulement d'entraîner la perte de ceux qui les méconnaissent, mais encore de conduire fatalement la société qui ne les feraient pas respecter à une perturbation et à une ruine presque irremédiable.

Nous répétons qu'il ne faudrait point croire que l'obligation de loyauté ne fût impartie qu'au seul commerçant. Ce serait une erreur grave, car il est certain que tout individu doit respecter et honorer le caractère dont il est revêtu, le ministère dont il est investi, les fonctions dont il est chargé. Tout le monde comprend l'importance et la noblesse de semblables sentiments qui puisent leur source dans l'amour et le dévouement que tout homme doit ressentir pour l'état qu'il a choisi; mais il n'entre point dans notre cadre de parler de la loyauté en dehors de son application au commerce.

En nous restreignant dans cette seule sphère, portons maintenant notre attention sur le commerçant, considérons-le dans les rapports qu'il peut avoir avec les membres de notre société, et faisons voir que la loyauté est la loi de ces rapports.

§ 2.

Par la nature de sa profession, le commerçant se trouve principalement en contact avec quatre sortes de personnes.

La variété et l'extension de ses opérations, la faiblesse de ses ressources personnelles, les distances différentes ou ses engagements doivent se réaliser, rendant souvent ses forces insuffisantes, il est obligé de s'entourer *d'auxiliaires* qui viennent par leur concours multiplier la puissance de ses efforts, il est ensuite en relation nécessaire avec des *fournisseurs* qui lui vendent et lui procurent les matières de son trafic, et avec des

consommateurs qui lui achètent ces produits, les divisent, les transforment, les écoulent ou les absorbent. Il a de plus des voisins, des rivaux, des *concurrents d'industrie*, qui cherchent eux aussi, dans les mêmes moyens, fortune et succès.

Auxiliaires, fournisseurs, consommateurs et rivaux d'industrie sont donc l'objet des continuels rapports du commerçant. Ces rapports sont soumis à des règles ; ce sont ces règles que nous nous proposons de chercher et de découvrir.

Mais, avant d'entreprendre cette recherche, nous devons faire remarquer que nous avons groupé ensemble dans une même section les *auxiliaires* et les *fournisseurs*. Nous avons fait cela, non pas parce que nous croyons qu'il soit toujours sans intérêt de distinguer les auxiliaires des fournisseurs et la nature des rapports qui les lient au commerçant, mais parce qu'il nous a semblé qu'au point de vue où nous sommes placés, l'analogie de situation était telle qu'il convenait de nous dispenser de tout examen séparé.

N° 1.

Les rapports qui peuvent exister entre le commerçant et ses auxiliaires, entre le commerçant et ses fournisseurs, sont réglés, au point de vue de la loyauté comme au point de vue du droit civil, tout à la fois par les principes généraux du Code Napoléon et par des dispositions spéciales du Code de commerce.

Ceux des principes du Code Napoléon, applicables à la réglementation des rapports du commerçant avec ses auxiliaires, diffèrent dans leurs formules suivant le genre de contrat consenti. Si le contrat intervenu a été un mandat, un dépôt, un louage, une vente, c'est aux chapitres spéciaux à ces contrats qu'il faudra recourir pour trouver ces formules; mais examinées largement et en remontant au point commun, on voit que toutes ces formules tendent à assurer l'exécution loyale des engagements contractés, il suffit même de comparer attentivement les devoirs du mandataire, du dépositaire, du preneur ou de l'acheteur, ceux imposés au mandant, au déposant, au bailleur ou au vendeur, etc., etc.[1], pour se convaincre que

[1] Comparez notamment les articles du Code Napoléon 1602 et suiv. avec 1650 et suiv., 1719 et suiv. avec 1728 et suiv., 1927 et suiv. avec 1947, 1991 et suiv. avec 1998 et suiv.; remarquez surtout les articles 1610, 1612, 1653, 1654, 1741, 1795, 1948, 1909.

cette idée est et doit être l'objet d'un respect constant, comme étant l'une des bases nécessaires à l'harmonie des sociétés humaines.

Les dimensions de ce travail ne nous permettent pas de rapprocher ici tous ceux des préceptes du droit commun qui s'appliquent à notre question. Une semblable énumération nous entraînerait à trop d'explication. Nous nous bornerons donc à renvoyer aux titres du Code Napoléon qui traitent des obligations, du mandat, du dépôt, du louage ou de la vente [1].

De même encore, nous devrons nous restreindre à ne faire que des indications sommaires des principes du Code de commerce [2]. Cependant, nous devons dire que c'est à regret, car presque toutes les dispositions de ce Code ont en quelque sorte directement trait à notre sujet, puisqu'elles n'ont en général d'autre but que de déterminer la limite des engagements résultant de faits de commerce, d'en assurer l'exécution, et de maintenir la sécurité des relations du commerçant, en prévenant les contestations et les abus qui peuvent les troubler; mais les développements qu'exigerait l'intelligence de textes que nous aurions isolé de leur milieu naturel, nécessiteraient quelquefois de très-longs commentaires que notre plan ne peut comporter.

Le Code de commerce s'occupe d'une façon très-étendue des différentes situations du commerçant vis-à-vis de ceux qui l'ont aidé dans son trafic. Ses associés, ses bailleurs de fonds, les agents de change et courtiers, les commissionnaires, voituriers et autres intermédiaires, au ministère desquels il est sans cesse obligé de recourir, ayant incontestablement, et en première ligne, contribué à ce résultat, trouvent successivement leur place dans les prévisions de ce Code. Leurs droits sont nettement définis, et des titres particuliers leur sont consacrés; l'on peut dire même qu'il n'y a pas de difficultés, pas de contestations possibles entre le commerçant et l'un de ses auxiliaires qui ne tombent sous une prescription formelle.

[1] Code Nap., art. 1134, 1135, 1108, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163, 1315, 1320, 1329, 1330, 1333, 1334, 1582, 1602, 1603, 1650, 1717, 1719, 1720, 1721, 1728, 1729, 1732, 1780, 1782, 1784, 1787, 1788, 1789, 1790, 1791, 1845, 1847, 1850, 1852, 1855, 1859, 1863, 1915, 1917, 1927, 1932, 1944, 1947, 2011, 2015, 2021, 2028, 2029, 2032.

[2] Code Com., art. 18, 20, 21, 22, 23, 24, 29, 47, 64, 74 et suiv., 91 et s., 96et s., 103 et s., 109-110 et s., 437 et s.

Il n'en est pas de même des relations du commerçant avec ses fournisseurs. Le Code de commerce ne semble pas s'en être inquiété. Aucun chapitre, aucun article, n'en parlent; mais tous les supposent et devaient, par la force même des choses, les supposer, puisque ce sont eux qui alimentent le commerce et lui procurent sa matière, son objet, ses marchandises. A bien prendre même, ne serait-il pas logique de confondre, dans une même classe, les fournisseurs et les auxiliaires dont notre loi commerciale traite si longuement, et serait-ce errer gravement que de considérer les auxiliaires comme des fournisseurs, sinon de marchandises, du moins d'argent et de service. Les uns et les autres ils apportent au commerce et à l'industrie un aliment nouveau et en facilitent les opérations; les uns et les autres donnent au commerçant le moyen d'exercer sa profession ; mais dans les cas ordinaires, le droit commun pouvait suffire à régir leur situation, et ce n'est que lorsque de certaines éventualités, nées de la nature même du commerce, ont modifié cette situation et lui ont imprimé un autre caractère que la loi commerciale a dû intervenir.

Cette loi a donc dû avoir principalement en vue les fournisseurs et les auxiliaires lorsqu'elle détermine les droits des tiers qui contractent avec le commerçant. Les fournisseurs et les auxiliaires sont, en effet, presque toujours bénéficiaires des lettres de change, promesses ou billets souscrits pour les besoins du commerce, et ils composent ordinairement à eux seuls la masse des créanciers du failli. Dans ces circonstances, les dispositions concernant les lettres de change et les faillites sauvegardent leurs intérêts. Intérêts respectables qui réclamaient assurément toute la sollicitude du législateur, et en présence desquelles il n'est permis de s'étonner ni des prescriptions qui autorisent, contre le commerçant inexact à remplir ses engagements, l'emploi de moyens coercitifs, tels que la contrainte par corps; ni des injonctions faites au failli de déposer son bilan, de rendre compte de sa conduite, et d'expliquer la marche de ses opérations et la cause de ses revers; ni des sanctions qui, s'il a été infidèle, le menacent des peines de la banqueroute. De semblables prévisions sont éminemment utiles, même au point de vue privé, et elles sont surtout essentiellement morales.

Elles maintiennent dans la voie de la probité par la seule

crainte de l'incarcération, celui qui serait tenté de méconnaître l'importance de sa signature; elles rendent possible la répartition des valeurs composant l'actif de la faillite ; elles tendent à prévenir les détournements et les fraudes qui pourraient être pratiquées à l'ombre d'un désastre souvent combiné de longue main.

Leur côté moral est facile à saisir. Elles sont fondées sur l'idée de justice qui est la véritable base de notre pacte social. Destinées en effet à empêcher la violation des engagements contractés, elles confèrent à ceux qui ont procuré au commerçant, soit leur concours, soit des marchandises, le moyen d'en obtenir la légitime rémunération, et, en cas de malheur, elles rendent la perte moins sensible soit en en divisant les effets, soit en pourvoyant à ce que rien ne soit soustrait de ce que les créanciers, fournisseurs ou autres étaient en droit de considérer comme leur gage ou comme ayant été l'appât de leur confiance.

La loyauté est incontestablement le type qu'elles se proposent de réaliser; c'est de cette notion qu'elles procèdent, c'est cette notion qu'elles cherchent à inspirer aux commerçants en précisant l'étendue de certains devoirs professionnels, et en édictant des sanctions contre les infractions à leurs ordres exprès. Ce but apparaît surtout dans la loi des faillites; et certes il faut bien en convenir, une loi sur ce sujet traitait une matière délicate dans laquelle il était difficile de ne point prendre parti pour ceux qui sont ordinairement les victimes des spéculations imprudentes et souvent désavouables.

L'inaccomplissement des engagements du commerçant peut causer à son créancier de cruels embarras, une gêne excessive, et dans bien des cas amener sa ruine. Cette ruine en entraînera peut-être d'autres, et ainsi la prospérité de l'État se trouvera compromise et menacée. L'État lui-même est donc intéressé à ce que le commerce fonctionne régulièrement, sagement et loyalement.

Il est essentiel que la confiance publique repose sur des principes solides et invariables. Il faut que le commerce soit sûr, il faut qu'un citoyen, auquel la médiocrité de ses talents ou quelques autres obstacles ne permettent pas de faire profiter et de faire valoir lui-même sa fortune, puisse compter sur l'honnêteté de celui à qui il la confie, et ce négociant dont les cor-

respondances s'étendent quelquefois d'un pôle à l'autre, ne doit point être perpétuellement sur le qui vive, ou aux aguets pour ne pas s'exposer à devenir la dupe des friponneries de ses commettants; mais aussi ses commettants doivent pouvoir compter sur son exactitude à les satisfaire, sur sa loyauté à s'acquitter des fournitures qu'ils lui ont faites, et sur la sincérité de sa parole.

« La parole d'un négociant doit être sacrée, il doit être es-
» clave de ses promesses et accomplir, quelles qu'en soient
» les suites, les engagements qu'il a contractés. C'est ainsi que
» son nom sera partout respecté et donnera des ordres dans
» les contrées les plus reculées[1]. »

Une déconfiture, quelle qu'en soit la cause, est toujours un malheur public; mais lorsqu'elle est la conséquence de faux calculs, de mauvaises opérations, elle devient une véritable calamité. La loi devait donc se montrer rigoureuse et obliger le commerçant à multiplier ses soins à mesure que le public prend plus de confiance. Elle devait lui demander compte de ses fautes. Les fautes qu'il commet sont d'autant plus graves qu'elles sont capables de nuire à un plus grand nombre de personnes. Aussi sa conduite doit-elle toujours être à ce point circonspecte qu'on ne puisse jamais lui reprocher aucune négligence ni aucune témérité; car ce qui, de la part d'un particulier, ne serait qu'une irrégularité ou une légèreté, est pour lui une action mauvaise qui dégénère souvent en un délit punissable.

Mais la sévérité de la loi ne devait pas être aveugle et il ne fallait pas qu'elle frappât sans pitié le commerçant honnête, qui aurait succombé sous le poids de pertes réelles qu'il n'aurait pu prévoir et qu'aucun tort de sa part n'aurait occasionné. Un tel homme, lorsque, par des preuves évidentes, il a convaincu ses créanciers de son impuissance à les payer, loin de mériter la haine et le mépris excite souvent des sentiments de compassion. Il convenait qu'alors la loi vînt à son secours et parce qu'elle reconnaissait qu'il n'avait point manqué aux préceptes de la probité, elle le mit encore à même de rétablir ses affaires et de tenter sa réhabilitation. Voilà ce que devait être et

[1] Discours prononcé par M. Poux-Franklin, le 12 août 1828, au Conseil de perfectionnement de l'École spéciale du Commerce et de l'Industrie.

quelle est, en effet, l'économie générale de notre loi sur les faillites.

Nous pourrions aisément justifier par de semblables motifs l'admission, dans notre législation, de la contrainte par corps en matière commerciale. Réclamée par l'intérêt du commerce lui-même, qui veut que l'on affermisse le crédit, en accordant au prêteur toutes les garanties possibles de remboursement, la contrainte par corps a pour unique but de forcer le débiteur à faire usage de toutes ses facultés réelles pour s'acquitter. Cette voie de coercition conduit, il est vrai, à l'exercice d'un droit exorbitant, qui donne à un simple particulier le pouvoir de priver son débiteur de la liberté, du plus cher de tous les biens; mais ce droit découle d'une nécessité sociale aussi impérieuse que celle qui commande d'incarcérer les malfaiteurs, et comme Montesquieu le fait remarquer : « La loi fait plus de cas de » l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen [1]. » Or c'est précisément cette aisance publique qui est menacée lorsque le commerce est en souffrance, et le commerce souffre toujours de la mauvaise foi d'un débiteur.

N° 2.

Vis-à-vis des consommateurs de ses produits, le commerçant est un vendeur ordinaire. A ce titre, il doit, sous peine d'encourir les sanctions qu'édictent les lois civiles et pénales, observer fidèlement les devoirs imposés au vendeur par la législation des pays dans lesquels la vente a été effectuée. En France, une série d'articles de notre Code Napoléon, de 1602 à 1649, définissent ces devoirs, en précisent l'étendue, et obligent ceux qui y dérogent à indemniser l'acheteur du tort qui a pu lui être fait; et lorsque la dérogation a pris un caractère frauduleux, notre Code pénal, dans les articles 423 et 424 et plusieurs lois supplémentaires, celles du 27 mars, 1er avril 1851, du 14-22 septembre 1851, du 5-9 mai 1855 et l'art. 8 de la loi du 23-27 juin 1857, arment le ministère public d'un droit de poursuite, et prononcent des peines plus ou moins sévères contre ceux qui se sont rendus coupables de semblables méfaits.

Mais ces lois sont, loin au point de vue de la loyauté, de contenir toutes les règles qui doivent présider aux rapports des acheteurs et des vendeurs; car, à s'en tenir à leur observation, nom-

[1] *Esprit des Lois*, l. 20, ch. 15.

bre d'injustices pourraient être commises impunément, et la société, infestée par le vice qu'elle redoute le plus, ne tarderait pas à être ébranlée dans ses plus solides fondements. Le vendeur pourrait faire bien des profits illégitimes, il pourrait, dans une certaine mesure, exploiter les besoins de l'acheteur et retirer un prix excessif d'une marchandise, sinon mauvaise ou altérée, du moins de basse qualité; de son côté l'acheteur abusant de l'ignorance ou de l'inexpérience de son vendeur, pourrait s'enrichir au détriment de celui-ci en acquérant à vil prix des objets dont il aurait seul connu la valeur; et peu à peu, à l'ombre de la loi elle-même, l'esprit de ruse se développerait, grandirait et prendrait mille formes pour échapper à l'application des sanctions édictées.

A cet égard, comme pour bien d'autres problèmes, dont les lois humaines ne donnent pas la solution, c'est aux préceptes de la morale qu'il faut recourir. Nous trouverons à cette source tous les éléments nécessaires pour nous rendre compte de l'importance et de l'étendue des devoirs qu'impose la loyauté aux vendeurs et aux acheteurs. D'ailleurs ces préceptes ne sont pas d'une découverte bien aride, gravés au fond de la conscience de tous les hommes, nous savons tous les discerner facilement.

A l'origine des sociétés, les hommes ignorant tout le parti qu'ils pouvaient tirer de l'usage des métaux, durent naturellement recourir au contrat d'échange pour trafiquer de leurs richesses. Ils trouvaient dans ce mode de transaction un moyen facile de suppléer à l'inconvénient qui résultait de la diversité nécessaire des occupations. Respectivement juges de leurs besoins, et libres de disposer du fruit de leur labeur, ils traitaient d'égal à égal, et c'était par l'utilité que chacun d'eux estimait devoir retirer de l'objet proposé en échange qu'ils appréciaient la valeur de ce qu'ils consentaient à donner en retour. Peu à peu, par le fait de l'habitude d'échanger toujours les mêmes choses contre des produits équivalents, ils en vinrent à attribuer à ces choses une valeur intrinsèque, et, pour représenter cette valeur, ils finirent, la nécessité aidant, par faire choix d'un signe commun. L'or, l'argent, et le cuivre furent appropriés à cette fonction. Dès lors, le contrat de vente était créé; car les choses avaient un prix, et ce prix était évalué à l'aide d'une monnaie.

Instituée dans ces conditions, la vente n'est, à vrai dire, qu'une transformation de l'échange. Aussi emprunte-t-elle à ce contrat primordial la plupart de ses caractères. Comme l'échange elle est établie dans l'intérêt commun des contractants, et ne doit pas être plus onéreuse à l'un qu'à l'autre. L'équité est sa règle. Il est de son essence que la position du vendeur et de l'acheteur soit maintenue jusqu'à la perfection du contrat dans une égalité aussi parfaite que possible. L'acheteur et le vendeur doivent conserver une égale indépendance d'esprit et une égale liberté de jugement qui leur permettent d'apprécier sainement et complétement la valeur intrinsèque de l'objet du marché et l'importance du prix demandé en retour.

Tout ce qui tend à blesser cette égalité est contraire à l'équité et par conséquent contraire à la justice. Or ce qui est contraire à la justice, étant toujours déloyal, il s'ensuit que celle des deux parties qui, pour satisfaire son intérêt particulier, entrave l'exercice des facultés intellectuelles de l'autre, commet un acte de déloyauté.

Il y a déloyauté à forcer la vente en prodiguant le blâme ou l'éloge à la marchandise[1], à alléguer faussement des circonstances de nature à la faire croire ou meilleure ou moindre qu'elle n'est réellement, à en exagérer le prix pour induire en erreur sur sa qualité, à employer enfin mille autres manœuvres de séduction; et, pour nous servir d'une formule générale, applicable à tous les contrats intéressés, il y a déloyauté toutes les fois que l'un des contractants ne fait pas connaître à l'autre, lui cache ou dissimule quoi que ce soit, qu'il aurait intérêt à savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat, et cela

[1] Platon défend aux vendeurs de vanter leur marchandise et surtout de jurer qu'elle vaut tant ou qu'elle coûte tant; il leur ordonne de n'avoir pas deux mots, mais de dire d'abord le juste prix, *de Legibus*, lib. XI.

Valère Maxime, lib. VIII, cap. 2, dit qu'un vendeur consciencieux ne doit point faire valoir outre mesure les avantages de la chose dont on est en marché ni en dissimuler les défauts.

Lactance a soutenu contre le philosophe Carnéades que ce n'est point sagesse, mais ruse et fourberie, de ne point faire prendre garde à un vendeur qu'il se trompe pour avoir à plus bas prix ce que l'on achète de lui. Il a de même prétendu qu'il y avait improbité à ne pas déclarer que l'esclave que l'on veut vendre est sujet à s'enfuir, ou que la maison dont on veut se défaire a des défauts cachés, quelle est, par exemple, empestée, si cette réticence n'est inspirée que par le désir de conclure un marché plus avantageux. —Inst. divin., lib. V, cap. 17, n° 32.

parce qu'il est évident qu'alors l'égalité, essentielle à ces sortes de contrat, a été détruite, que les deux parties n'ont pas été dans une même situation. Dès que l'une, en effet, a eu plus de connaissance que l'autre touchant cette chose, elle a eu plus d'avantage que l'autre à contracter, elle a pu, plus facilement que l'autre, apprécier les conditions qui lui ont été faites, y donner un consentement qu'il n'est pas certain que l'autre eût accordé, si elle eût connu tout ce qui lui est important de savoir sur cette chose.

C'est incontestablement sur l'idée de justice que repose cette égalité si nécessaire à la loyauté des conventions, et cette idée ne doit jamais être perdue de vue par ceux qui participent à la formation du contrat intervenu. Cette vérité n'a point échappé à Cicéron dont la sagesse a si souvent entrevu les règles de la morale la plus pure. Il s'exprime ainsi dans son traité *De officiis*. « At iis qui vendunt, emunt, conducunt, locant, con- » trahendisque negotiis implicantur justitia ad rem gerendam » necessaria est [1]. »

De leur côté, les jurisconsultes romains, envisageant cette question au point de vue positif, professaient la même doctrine. Ils enseignaient que la justice doit présider aux rapports des acheteurs et des vendeurs, et que pour en maintenir l'équilibre, le vendeur est tenu de ne rien cacher à l'acheteur de tout ce qu'il sait sur la chose vendue. Ils disaient formellement que c'est contrevenir à la loyauté qui doit régner dans le contrat de vente que de dissimuler quelque chose à l'acheteur. Voici sur ce point un texte exprès que l'on trouve au Digeste, liv. XLIII, § 2, *De contr. empt.* « Dolum a se abesse præstare venditor » debet : qui non tantum in eo est qui fallendi causa obscurè » loquitur : sed etiam qui insidiosè, obscurè dissimulat. »

Ainsi donc, il est bien certain que la loi morale fait au vendeur un devoir de ne pas cacher à l'acheteur les vices et défauts de la chose qui fait l'objet du marché; mais elle lui fait de plus une obligation de déclarer ces défauts, lorsqu'ils sont tels qu'ils rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est ordinairement destinée, lorsque ces défauts sont de ceux que la loi qualifie du nom de *vices rédhibitoires*. Sur ce point, nous invoquons encore le témoignage de Cicéron qui résume ainsi

[1] Lib. II, n° 12.

l'opinion des jurisconsultes de son temps « Cum ex XII tabulis » satis esset cautum ea præstare quæ essent linguâ nuncupatâ, » quâ, qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret : a jurisconsultis etiam reticentiæ pœna est consecuta, quicquid enim » inest prædio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstare oportere[1]. »

« L'ancienne philosophie, quoique moins éclairée que la » nôtre, étendait encore plus loin que nous les maximes de la » bonne foi dans le commerce ou dans les achats des particuliers. On ne doit jamais dans le commerce, disait un ancien, feindre ce qui n'est pas, ni dissimuler ce qui est ; et » un homme de bien ne fera jamais l'un plus que l'autre ni » pour vendre cher, ni pour acheter meilleur marché. Il ne » doit demeurer pour constant, ajoute-t-il encore, qu'il n'est » pas très-utile de mal faire, puisque ce qui est honteux ne » saurait être utile, et qu'il est toujours utile d'être homme » de bien, parce que ce qui est honnête est toujours utile. »

» Ex omni vitâ simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita » nec ut emat melius, nec ut vendat, quidquam simulabit aut » dissimulabit vir bonus. Nunquam igitur est utile peccare, » quia semper est turpe ; et quia semper est honestum virum » bonum esse, semper utile. » Cic. *De officiis*, lib. III, § 1[2].

Pothier fait remarquer que le vendeur, qui aurait caché un vice de la marchandise, serait tenu d'indemniser l'acheteur, quoiqu'il ne l'ait pas vendue au delà de ce qu'elle vaudrait avec ce défaut. « La raison, dit-il, est que celui qui me vend une » chose n'a pas le droit d'exiger de moi le prix qu'elle vaut au » plus cher, si je ne consens pas de l'acheter à ce prix ; il n'a le » droit d'exiger de moi que le prix pour lequel j'ai bien voulu » l'acheter, et il ne doit pas user d'artifice pour me faire consentir à l'acheter plus cher que je n'aurai voulu l'acheter, si » j'eusse su le défaut qu'il m'a malicieusement caché[3]. »

Mais si le vendeur est tenu de ne pas dissimuler à l'acheteur les vices de la chose qu'il vend, cette obligation va-t-elle jusqu'à lui imposer le devoir de révéler toutes les circonstances qui seraient de nature à déprécier sa marchandise, à porter

[1] De off., lib. III.

[2] Extrait de : *Les Intérêts des nations de l'Europe*, par de Sérionne, t. IV, ch. 29, § 6.

[3] *Contrat de vente*, part. II, ch. 1er.

l'acheteur à ne pas acheter ou à n'acheter que moins cher. C'est ce que l'on pourrait peut-être soutenir, en argumentant de l'opinion de Gaius, rapportée au digeste l. 35, § 8 *De cont. « empt.* Si quis in vendendo prædio confinem celaverit quem » emptor, si audîsset, empturus non esset, teneri venditorem. »

Mais on répond que le jurisconsulte romain considère cette circonstance d'un mauvais voisinage comme un vice rédhibitoire, et alors l'argument tiré de ce texte tombe et laisse la question intacte.

Néanmoins, en acceptant cette argumentation comme bonne, examinons quelle en peut être la valeur, car la question a incontestablement une extrême gravité. Même réponse peut être faite à l'objection que l'on voudrait peut-être penser du fragment d'Ulpien, qui forme la loi 1, § 1 du titre *De actionibus empti*; dans ce passage, Ulpien paraît avoir envisagé le fait du vendeur qui garde le silence sur l'existence d'une servitude comme une manœuvre caractéristique du dol. Par conséquent sa décision ne résoudrait point la difficulté.

Cicéron en a compris l'importance, et dans son traité *De officiis*, il l'examine très-attentivement et très-minutieusement. Pour en discuter toutes les faces, il choisit deux exemples devenus vulgaires, que nous croyons devoir rappeler malgré leur banalité, et parce qu'il est assez curieux de voir la controverse auxquels ils ont donné lieu. Le premier est celui d'un marchand venu à Rhodes avec une forte cargaison de blé; il y a disette dans l'île, les blés s'y vendent extrêmement cher. Mais ce marchand sait que plusieurs vaisseaux chargés de grains vont arriver à Rhodes dans un bref délai; il en a vu dans le port d'Alexandrie qui étaient prêts à appareiller, il en a rencontré un grand nombre dans son trajet; qui tous se dirigeaient vers Rhodes. Cette affluence fera certainement baisser les cours. Dans ces circonstances, que doit faire ce commerçant? Doit-il dire aux Rhodiens ce qu'il sait et ce qu'il a vu, ou peut-il se taire pour mieux vendre sa marchandise?

Sur ce point deux célèbres philosophes de l'antiquité, nous dit Cicéron, divergeaient d'opinion : Diogène, de Babylone, un grave stoïcien, était d'un avis, et Antipater, son disciple, esprit d'une grande sagacité, était d'un autre. Selon Antipater, rien, absolument rien de ce que connaît le vendeur ne doit être caché à l'acheteur; et, selon Diogène, le vendeur n'est

tenu que de déclarer les défauts de la marchandise, en tant que la loi civile l'ordonne, et de s'abstenir d'ailleurs de tout artifice; mais du reste, puisqu'il vend, il doit vendre le mieux qu'il peut.

J'apporte du blé, je l'expose en vente, je ne le vends pas plus cher qu'un autre, peut-être même moins, s'il y avait abondance; à qui fais-je tort? Antipater répondait : quoi! vous ne feriez tort à personne, lorsque vous devez concourir au bonheur de vos semblables et vous rendre utile à la société; lorsque vous avez reçu le jour sous les conditions de chercher votre intérêt dans l'intérêt commun, et de faire de l'intérêt commun votre propre intérêt, vous cacheriez à vos semblables l'abondance, le bien qui leur arrive. Mais Diogène répliquait : il y a de la différence entre cacher et taire. Est-ce vous cacher quelque chose que de ne point vous dire ce que c'est que la divinité, ce qu'est le souverain bien, et cependant ces connaissances vous seraient infiniment plus profitables que le bas prix du blé. Vous voyez donc que je ne puis pas être obligé de vous dire tout ce qu'il pourrait vous être bien de savoir. Pardonnez-moi, reprenait Antipater, vous y êtes obligé, car vous ne devez pas oublier que la nature a mis tous les hommes en société. Je le sais, disait Diogène, mais cette société n'exclut pas la propriété. S'il en était ainsi, il ne serait pas même permis de vendre, il faudrait donner.

Le second exemple est celui d'un particulier qui met sa maison en vente pour quelques défauts qui ne sont connus que de lui; elle est malsaine, mais elle passe généralement pour salubre; lui seul il sait que dans toutes les chambres, il apparaît des serpents, que la charpente est mauvaise et menace ruine. Fera-t-il une chose juste ou injuste de ne rien dire aux acheteurs, et de tirer de sa maison un prix plus fort qu'elle ne vaut réellement?

Antipater et Diogène se prononcent encore. Certes il fera mal, dit Antipater, de laisser l'acheteur se jeter dans le piége, et surtout de l'y laisser tomber lorsqu'il peut l'en empêcher, ce serait sciemment l'induire en erreur. Diogène répond : vous a-t-on forcé d'acheter, on ne vous y a pas même engagé. Vous avez acheté cette maison parce qu'elle vous convenait, comme celui qui l'a mise en vente a voulu s'en défaire parce qu'elle ne lui plaisait plus. Irez-vous jusqu'à admettre

que l'on puisse taxer de mauvaise foi celui qui aurait fait afficher une *maison de campagne belle et bien bâtie*, lorsque cette maison n'aurait aucune de ces qualités? Vous voudriez que de même que l'on doit répondre de ce que l'on a dit, l'on fût responsable de ce que l'on n'a pas dit. Ce système conduirait à l'absurde, et il y aurait un véritable ridicule à publier ainsi les défauts de la chose que l'on mettrait en vente. Y aurait-il rien, en effet, de plus risible que de voir un écriteau, apposé par ordre du vendeur, portant ces mots : *maison humide à vendre.*

Sur ces deux espèces ainsi posées, avec les doutes qu'elles font naître, avec les objections qu'elles soulèvent, Cicéron se prononce ainsi :

« Il faut maintenant donner notre avis, car nous n'avons » pas proposé ces questions pour ne pas les résoudre. Il nous » semble que ni le marchand de blé, ni le vendeur de la mai- » son, n'ont rien dû cacher aux acheteurs. Sans doute le silence » n'est pas toujours une dissimulation; mais, lorsque pour » votre propre avantage vous laissez dans l'ignorance de ce » que vous savez ceux qui ont intérêt à en être instruit, vous » êtes en faute. Qui ne voit quel est le genre de réserve, et » quelle sorte de personne se le permette. Hoc celandi genus, » dit-il en terminant, non aperti, non simplicis, non inge- » nui, non justi, non viri boni : versuti potiùs, obscuri, astuti, » fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri. »

Cette solution de Cicéron a été adoptée par Pothier qui a pensé que, dans l'espèce du marchand de grains, elle devait être admise sans réserve. « Dans le contrat de vente, dit-il, de » même que, dans les contrats commutatifs, l'équité veut que » ce que chacune des parties donne soit l'équivalent de ce » qu'elle reçoit, et que l'une des parties ne veuille pas profiter » aux dépens de l'autre. Or dans l'espèce de ce marchand, qui » en dissimulant la connaissance qu'il a d'une diminution très- » prochaine des cours, vend son blé pour le prix de 100 li- » vres le muid, qui est aujourd'hui le prix courant, ce mar- » chand peut-il, sans se faire illusion, se persuader que ce » blé, qu'il sait ne devoir valoir dans deux jours que 20 li- » vres, soit l'équivalent de 100 livres qu'il reçoit. »

L'on pourrait facilement approprier au raisonnement analogue l'hypothèse de la maison malsaine; mais, quoiqu'il en soit, et en admettant cette décision, il est évident que l'obli-

gation qui astreint le vendeur à ne pas dissimuler les défauts de la chose qu'il vend, n'irait pas jusqu'à exiger qu'il indiquât sur un écriteau le vice de la chose dont il voudrait se défaire. Il suffirait que la déclaration du vendeur intervînt au moment de la vente, lorsqu'il spécifierait l'objet du contrat en le montrant, en le désignant. A cet instant il pourrait combattre la prévention de son acheteur en attirant son attention sur d'autres avantages réels de la chose, sur d'autres qualités. L'acheteur n'aurait assurément point à se plaindre de ce procédé, car sa volonté n'aurait point été surprise, il aurait même mieux connu l'objet du marché, et aurait ainsi été mis mieux à même d'en apprécier la juste valeur.

Cette doctrine de Cicéron que Pothier a appuyé de son autorité, n'a pas manqué de soulever de fortes critiques. Elle a même été très-vivement attaquée. On a soutenu qu'en vendant son blé sans avertir les Rhodiens, le marchand ne ferait rien d'injuste, parce que l'on ne pouvait point poser comme maxime générale que le silence fût criminel toutes les fois que pour son profit particulier un vendeur ne dit pas une chose que ceux auxquels il la cache ont intérêt de savoir; que cela n'a lieu qu'en matière de qualités et de circonstances qui par elles-mêmes ont quelques liaisons avec le fond de la chose qui fait l'objet de la vente [1]. Et qu'il ne pouvait entrer dans le domaine de la justice de vouloir que le vendeur déclarât des circonstances qui ne regardent pas ce fond [2].

Or dans l'espèce, ce marchand n'avait évidemment rien dissimulé qui regardât ce fond. En mettant son blé en vente, de façon que chacun pût voir et vérifier sa qualité; en le vendant au plus haut cours possible, il ne nuisait à personne, car lorsqu'on consentait à le lui acheter au cours, il valait réellement ce cours, quoique peu de temps après, il dût diminuer. D'ailleurs, les Rhodiens n'avaient aucun droit de prétendre que ce marchand leur apprît ce qu'il savait, si sur ce point il n'était point intervenu de convention entre eux et lui.

On est même allé plus loin; on a montré que sa conduite ne pouvait rien avoir de contraire à l'humanité, parce que personne n'est obligé de faire du bien gratuitement, lorsque celui qui donne perdrait plus par-là que ne gagnerait celui qui reçoit.

[1] Grotius, lib. II, ch. 12, n° 9.
[2] Pufendorff, lib. V, ch. III, n° 3.

Or il est incontestable que le marchand aurait perdu davantage en faisant connaître l'approche des vaisseaux qu'il savait devoir arriver, que n'auraient gagné ceux qui achetaient son blé; car, s'il le vendait en détail, c'était peu de chose pour chacun des Rhodiens que ce qu'ils donnaient de plus qu'ils n'auraient consenti à payer ce blé, s'ils avaient su que le cours devait bientôt baisser, et s'il le vendait en gros, les spéculateurs qui le lui auraient acheté n'auraient pu s'en prendre qu'à leur avidité mal concertée qui les avaient portés à faire une espèce de monopole pour s'enrichir dans cette triste conjecture. Après tout, dit-on, une morale si rigide est incompatible avec la constitution ordinaire des affaires de la vie, et pourvu qu'un marchand ne cherche pas à tromper, on doit le dispenser de faire des libéralités, car il y aurait libéralité de sa part à rendre aux acheteurs le bon office de leur faire des aveux qu'il n'est pas dans leur droit d'exiger [1].

On ajoute [2] encore qu'il n'y a pas plus de mal à vendre un peu cher ce qui se vendra bientôt à meilleur marché qu'à acheter bon marché ce que l'on sait qui doit se vendre plus cher quelque temps après; que c'est le même but que se proposent toutes les spéculations commerciales, et personne n'a jamais songé à blâmer de semblables opérations. Aristote lui-même approuve très-fortement l'action du philosophe Thalès de Milet, lequel, dans la prévision d'une abondante récolte d'olives, se hâta d'employer toutes ses ressources pour louer tous les pressoirs du pays : ce qui lui permit de réaliser d'immenses bénéfices [3]; et tous les moralistes chrétiens se sont gardés de faire un reproche à Joseph des amas de grains à l'aide desquels il remplit les trésors de Pharaon, en sauvant les Égyptiens des horreurs de la famine.

Enfin, pour terminer, on fait valoir cette dernière considération que, si ce marchand arrivant à Rhodes y eût trouvé une affluence de grains, et si, dans ce cas, les prix y eussent été très-bas et inférieurs à ceux auxquels il eût lui-même acheté ou si, sans cela, son vaisseau eût péri dans la traversée, il lui eût fallu subir cette perte sans que personne eût songé à l'en dédommager. Pourquoi, dès lors, ne pourrait-il pas se prévaloir du

[1] Pufendorff, *loc. cit.*
[2] Laplacette.
[3] Aristote, *Polit.*, lib. I, ch. 4.

bonheur qui lui donne le moyen de faire quelque profit. On ne peut pas plus le blâmer qu'on ne peut condamner ces commerçants, qui se servent des avis des correspondants qu'ils ont établis dans les pays éloignés, et par lesquels ils sont informés des événements et accidents favorables à leur commerce. Ces correspondances, du reste, coûtent quelque chose, n'est-il pas juste que ceux qui se les sont créées en profitent, et ne serait-ce pas trop demander que d'exiger d'eux qu'ils en fassent part à leurs acheteurs.

Il nous serait facile, si nous tenions à justifier le profit réalisé par le marchand de grain, de prolonger cette controverse, en essayant une conciliation; mais quelque intéressante que pût être cette tentative, qui aurait pour but de démontrer qu'il est important, au point de vue de la légitimité du gain, de distinguer entre le commerçant et le simple spéculateur, elle nous ferait dévier quelque peu de notre sujet; car elle nous conduirait à examiner la question du prix auquel les choses peuvent être vendues, laquelle est différente de celle que nous avons entrepris d'élucider, et qui n'a trait qu'aux obligations du vendeur concernant les vices et défauts de la chose vendue.

Néanmoins, pour ne rien négliger, disons ici que cette question du prix des choses, qui a fait l'objet d'assez nombreuses discussions, a perdu chez nous une partie de son intérêt, depuis que le principe de la concurrence commerciale a rendu les monopoles sinon impossibles du moins infiniment rares.

Ainsi donc, et comme résumé de ce qui précède, nous considérons comme établi que le vendeur n'est tenu de faire connaître à l'acheteur que les circonstances et les défauts qui regardent le fond de la chose. Reste à chercher quelle est la limite de cette obligation.

Nous nous trouvons ici en face de l'opinion de saint Thomas. Ce docteur a pensé que la dissimulation des vices de la chose vendue ne peut point être blâmée, toutes les fois qu'elle ne tend point à faire payer cette chose plus qu'elle ne vaut, ou qu'elle ne sert point à couvrir un défaut qui serait de nature à causer quelque dommage à l'acheteur.

Saint Thomas, en rendant cette décision, qui paraît peut-être dériver d'une morale un peu large, cherchait évidemment à formuler une règle de législation humaine, d'une observation

facile ; car il savait que les lois humaines sont loin de réaliser le type de la perfection.

Il savait que, placés entre deux éléments contraires, les exigences de la morale et la nécessité sociale, les législateurs humains sont trop souvent obligés de concilier ces deux intérêts par des transactions plus ou moins habiles ; et comme il l'a exprimé en motivant son opinion. « Lex humana populo datur in » quo sunt multi à virtutibus deficientes non autem datur solum » virtuosis, et ideò lex humana non potuit prohibere quidquid » est contrà virtutem ; sed ei sufficit ut prohibeat ea quæ des» truunt hominem convictum ; alia verò habeat quasi licita ; » non quia ea approbet, sed quia ea non punit[1]. »

Or, les lois humaines qui régissent la vente sont du nombre de ces dernières. La célérité et la sécurité des relations commerciales, surtout, ne permettant pas d'admettre facilement les parties à revenir contre les marchés qu'elles ont conclu, il fallait qu'elles ne fussent pas écoutées à se plaindre de n'avoir pas été instruites des défauts apparents ou des circonstances extrinsèques à la chose vendue, quel que fût leur intérêt à en être averties[2]. Et comme conséquence, il fallait restreindre l'obligation du vendeur aux seuls défauts, « qui rendent les choses absolu» ment inutiles à l'usage pour lequel elles sont en commerce, » ou qui diminuent tellement cet usage ou le rendent si incom» mode, que, s'il avait été connu de l'acheteur, il n'aurait point » acheté du tout ou n'aurait acheté qu'à moindre prix[3]. » Notre Code a consacré cette doctrine en reproduisant dans l'article 1641, presque mot pour mot, cette phase du célèbre Domat.

N° 3.

Si, par les démonstrations précédentes, nous sommes parvenus à établir que la profession de commerçant exige, de ceux qui l'exercent, la pratique constante d'une loyauté à toute

[1] Saint Thomas, part. II, quest. 77, n° 2.

[2] Platon, dans son *Traité des lois*, examine la question que nous traitons ; il établit que le vendeur n'est tenu de déclarer que les vices non apparents, et en parlant des esclaves qui ont des maladies cachées, il dit que cette déclaration est obligatoire, à moins que l'acheteur ne fût un médecin ou un maître d'escrime, qui ne devaient pas avoir besoin qu'on les instruisît de ces sortes de défauts (*De legibus*, lib. XI, tit. 11).

[3] Domat, *Lois civiles*, tit. II, § 11.

épreuve envers leurs auxiliaires, leurs fournisseurs ou les consommateurs de leurs produits, nous n'aurons pas plus de difficulté, en persévérant dans notre méthode, à faire voir que le même sentiment de droiture leur est imposé dans les relations qu'ils ont ou peuvent avoir avec leurs concurrents ou rivaux d'industrie.

Pour rester dans les limites de sa profession, le commerçant doit s'abstenir de tout acte qui pourrait nuire à son concurrent. La sanction de cette obligation est contenue dans l'article 1382 du Code Napoléon, qui commande à quiconque a causé un préjudice, non-seulement de faire cesser l'action dommageable, mais d'en réparer les effets. Indépendamment de cette sanction générale, des lois spéciales, celles qui créent et protégent les propriétés industrielles, artistiques ou littéraires, prononcent des peines correctionnelles très-sévères contre ceux qui portent atteinte aux droits des inventeurs, compositeurs, artistes ou auteurs, en usurpant leur nom ou leur marque, en imitant ou copiant leurs œuvres, en contrefaisant les objets qu'ils ont seuls le privilége d'exploiter et de vendre.

Le trafic de produits similaires ou identiques, la manipulation de matières semblables, font naître, entre tous ceux qui s'y livrent, une sorte de communauté d'intérêt. Cette communauté d'intérêt est un lien nécessaire qui unit tous les commerçants du même genre, et indique la nature des devoirs qu'ils ont à remplir les uns envers les autres. Chacun d'eux appuyant son crédit sur les mêmes fondements, spéculant en vue des mêmes éventualités et des mêmes chances de gains, aucun d'eux ne doit contrarier la marche des opérations de son concurrent, ni en déranger méchamment les calculs sous peine de blesser sa propre considération, son propre crédit, son propre intérêt.

En supposant que cet ordre d'idées ne soit point assez imposant pour inspirer au commerçant le sentiment de sa conduite, qu'il jette autour de lui un regard observateur et examine la situation que les lois actuelles font au commerce? Il verra que cette situation dénote d'une façon très-apparente que ses relations avec ses rivaux doivent toujours porter l'empreinte de la loyauté.

La Révolution française a proclamé la liberté du commerce.

Une fois inscrit dans les institutions de notre pays, ce nouveau principe n'a pas tardé à modifier profondément notre système commercial et à produire d'heureux résultats. Ces résultats sont aujourd'hui si grands que personne n'ose les contester ni en méconnaître les bienfaits.

Le régime de liberté appliqué au commerce a débarrassé les travailleurs des entraves gênantes qui les fatiguaient depuis si longtemps. Dès lors l'industrie a pu prendre un développement considérable. Ce développement a eu pour conséquence directe une augmentation de production, laquelle a amené une amélioration sensible du bien-être général, et un accroissement considérable de la fortune publique. Mais l'avantage le plus immédiat et le plus manifeste qui soit découlé de ce principe a consisté dans la faculté accordée à tous de commercer librement, et de trafiquer de toute espèce de marchandises.

Cette faculté a engendré la concurrence, et la concurrence a été éminemment favorable à la production. Chaque producteur, se trouvant constamment placé en face de concurrents qui, pour se créer des débouchés, rivalisent d'activité et d'intelligence, est contraint de faire progresser son industrie et de se distinguer, soit en fabriquant à meilleur marché, soit en donnant à ses produits des qualités estimées et recherchées. La réduction du prix et la supériorité de la main-d'œuvre, chaque fois qu'elles se réalisent, améliorent la condition de la consommation. Aussi l'affluence des consommateurs a-t-elle toujours été la récompense de semblables efforts. La clientèle qui se forme dans ces circonstances devient une source de richesse et de profits; en empêcher la dispersion, la maintenir est pour le commerçant l'objet de la plus vive sollicitude et souvent la cause d'immenses sacrifices.

Cette sollicitude et ces sacrifices sont infiniment légitimes, et leur mobile n'a rien que de parfaitement honorable. L'on ne peut certes qu'encourager un commerçant qui cherche ainsi par de nouveaux progrès à fixer et à conserver dans son établissement un achalandage qu'il s'est attiré à force de talent, de travail, de soins, et de persévérance. Une pareille conduite est loyale à tous égards. En agissant de la sorte, il n'empêche aucun de ses concurrents d'atteindre la même fortune, il excite, au contraire, leur zèle en leur servant de modèle, il leur montre la direction à suivre et la voie à exploiter; que ceux-ci

marchent donc sur ses traces, se proposent le même but, visent aux mêmes destinées; mais qu'ils n'oublient point que, sur le champ-clos industriel, il n'est permis de combattre qu'avec ses propres armes ou avec celles que l'on peut emprunter au domaine public.

C'est là une règle essentielle, obligatoire pour tous, et de l'observation de laquelle personne ne doit s'écarter dans l'intérêt même du commerce et de l'industrie nationale; car il est évident que la lutte deviendrait presque aussitôt impossible, si les derniers venus pouvaient impunément s'emparer des procédés et des moyens d'action particuliers à leurs devanciers pour les vaincre plus facilement.

Ceux-ci bientôt épuisés par les puissants efforts qu'il leur faudrait faire à nouveau pour reconquérir leur première situation, finiraient infailliblement par succomber, et leur chute serait même sans profit pour leurs vainqueurs qui seraient eux aussi à la merci des nouveaux athlètes qui entreraient dans la lice. Dans un semblable état de choses, la dispute, réellement stérile pour tous, ne serait qu'un perpétuel brigandage et non plus un combat d'émulation comme elle devrait toujours l'être.

Mais ce n'est point encore assez que chacun ne se serve que de ses armes, il faut qu'il n'en fasse qu'un bon usage, c'est-à-dire qu'il ne les emploie pas pour nuire ou pour causer préjudice à son rival : « Sic utere tuo ut alienum non lædas, » disait un vieil adage latin; et c'est surtout en matière de concurrence commerciale que cette maxime doit être appliquée strictement; car il importe à la sécurité des relations que l'harmonie du commerce ne soit pas à chaque instant troublée par les abus qu'un individu peut faire de ses facultés ou de ses droits. Du reste, la morale elle-même s'accorde avec cette doctrine, en assignant à l'industrie le noble but d'accroître le bien public et la prospérité commune.

Arrière donc celui qui, pour enlever un prix qui n'est dû qu'au mérite réel, serait capable de recourir à la ruse ou à la fourberie; arrière donc celui qui, reconnaissant à l'avance son incapacité, aurait l'audace de s'en prendre aux personnes ou auxbiens de ses concurrents, de les discréditer, de les diffamer, de détourner leur clientèle, d'usurper leur réputation, de contrefaire leurs œuvres et de les ruiner. Un tel champion, s'il se glisse dans l'arène, doit être signalé dès son premier méfait;

car pour obtenir la victoire rien ne lui coûtera, désormais il ne respectera rien; il combat en pirate, il porte des coups de mort à tous ceux qu'il attaque; il dépouille ceux qu'il tue, et après avoir dépouillé ses victimes il en cherche d'autres.

Terrible adversaire que nos lois n'ont point encore suffisamment observé. Désigné, il est vrai, dans quelques-unes des dispositions de notre législation industrielle, il a jusqu'ici complétement échappé à l'attention de tous les rédacteurs de nos lois commerciales; mais heureusement pour la tranquillité de tous, la jurisprudence, cette sentinelle avancée de la théorie connaît ses allures, le surveille, et quand elle le surprend, elle sait même, à défaut d'autre châtiment, lui infliger une peine à laquelle il est toujours sensible. Elle le frappe dans sa passion en l'obligeant à réparer pécuniairement le préjudice qu'il a causé, et à restituer ainsi une partie du gain qu'il s'est injustement procuré.

Nous arrêtons là cette étude, malgré les développements que nous croyons qu'il serait encore possible de lui donner; mais nous pensons que ces simples aperçus peuvent suffire pour faire comprendre ce qu'est et quel doit être le rôle de la loyauté dans la pratique du commerce. Puisse nos efforts, en apportant leur contingent à une si grave question, produire quelques résultats efficaces, et nous estimerions ces résultats obtenus si nous avions levé quelques doutes en donnant une juste définition de la plus importante des vertus commerciales. CH. MILLION.

CRÉANCE HYPOTHÉCAIRE, — FAILLITE, — VÉRIFICATION.

Les créances hypothécaires sont-elles, au cas de faillite du débiteur, dispensées en cette qualité de la vérification et de l'affirmation?

L'exercice du droit hypothécaire est-il suspendu jusqu'à l'accomplissement de ces formalités?

Spécialement un créancier hypothécaire, qui n'a point fait vérifier et n'a point affirmé sa créance, est-il non recevable soit à poursuivre l'ordre du prix des immeubles, soit à y produire.

Dissertation par M. LANCELIN, juge au tribunal civil de Reims.

1° Cette question, qui nous paraît avoir été plutôt tranchée que résolue par la doctrine, mérite un sérieux examen, non-

seulement à cause de son intérêt pratique et des difficultés qu'elle comporte, mais encore à raison des conflits qu'elle peut susciter entre la juridiction civile et la juridiction commerciale. Pour en préparer la solution, il convient avant tout de rappeler quelques principes généraux en matière de faillite.

2° L'un des premiers et des plus importants effets du jugement, qui déclare un commerçant en état de faillite, est de le dessaisir de l'administration de ses biens, et comme conséquence de ce désaisissement qui place le failli dans l'impossibilité de satisfaire aux poursuites de ses créanciers, de suspendre vis-à-vis de lui toute voie d'exécution (443 C. comm.). Les actions individuelles des créanciers sur les biens du failli sont désormais remplacées par l'action unique du syndic chargé de liquider ces biens et d'en distribuer le prix à chacun des ayants droit (532-534 C. comm.). En concentrant aux mains du syndic le pouvoir de réaliser l'actif du failli, la loi a ainsi évité les frais multipliés qu'auraient engendrés des exécutions isolées, qui n'auraient eu d'autre résultat que l'aggravation de la perte commune.

La loi ne s'est pas arrêtée là; redoutant, dans sa prévoyance, les procès nombreux qu'aurait pu amener la constatation de chacune des créances, elle veut que tout individu se prétendant intéressé dans la faillite, puisse et doive faire reconnaître son droit, sans être tenu tout d'abord de recourir aux voies judiciaires : de là les formes simples et rapides de l'admission des créances par la production, la vérification et l'affirmation (491-492-493-497 C. comm.).

Ainsi donc retenons ces deux règles principales qui dominent en matière de faillite : la première, c'est que les poursuites individuelles sont suspendues; la deuxième, c'est que tout individu qui veut entrer dans la faillite ne peut se pourvoir par action directe, qu'il doit déposer ses titres au greffe et faire vérifier sa créance par le syndic en présence du juge commissaire et des autres créanciers, le recours au tribunal compétent réservé seulement pour le cas de contredit (498-499-500 C. comm.).

3° Toutefois la première de ces règles n'est point absolue; en effet, la suspension des actions et exécutions n'est applicable ni aux créanciers privilégiés nantis d'un gage spécial, ni aux créanciers hypothécaires. C'est la loi elle-même qui prend

soin de consacrer ces exceptions, car elle permet au bailleur de saisir les effets mobiliers de son locataire (450 C. comm.), au gagiste de faire vendre l'objet à lui remis en nantissement (548 C. comm.), enfin au créancier hypothécaire d'exproprier les immeubles du failli, à la seule condition qu'il aura commencé ses diligences avant le contrat d'union (571-572 C. comm.)

4° Mais, avant de procéder à l'exécution, le créancier hypothécaire est-il tenu, suivant la deuxième règle ci-dessus posée, de subir le préliminaire de la vérification?

Deux systèmes sont en présence : l'un qui considère cette mesure comme inapplicable à l'espèce, l'autre qui la tient, au contraire, comme rigoureusement obligatoire.

Dans ce dernier système, voici comment on peut raisonner :

5o Toutes les créances, quelle qu'en soit la nature, sont soumises à la vérification; la loi ne fait point de distinction entre les créances chirographaires, hypothécaires ou privilégiées, et, pour s'en convaincre, il suffit de lire les textes.

Aux termes de l'article 462 (C. comm.), le juge commissaire, immédiatement après le jugement qui déclare la faillite, convoque les créanciers pour les consulter sur la composition de l'état des créanciers présumés; suivant l'article 491 (C. comm.), à partir du jugement déclaratif de la faillite, les créanciers doivent remettre au greffe leurs titres avec un bordereau indicatif des sommes par eux réclamées; l'article 492 (C. comm.) dit que les créanciers retardataires seront avertis d'avoir à faire leur production. L'article 493 (C. comm.), après avoir fixé les délais de la vérification, prescrit de convoquer à cette opération les créanciers, tant par lettres du greffier que par insertions aux journaux. En se servant de ces expressions, « *les créanciers*, » le législateur a évidemment entendu comprendre, dans leur généralité, les hypothécaires aussi bien que les simples chirographaires.

S'il restait du doute sur ce point, il devrait disparaître devant l'article 501 (C. comm.) qui est ainsi conçu : « Le créan- » cier dont *l'hypothèque* ou le privilége seulement *serait con-* » *testé*, sera admis dans les délibérations de la faillite comme » créancier ordinaire. » Or, puisque l'hypothèque peut être contestée, il faut reconnaître que la créance hypothécaire est soumise à la vérification.

6° Et pourquoi en serait-il autrement? pourquoi exigerait-on

la vérification des créanciers chirographaires qui ne reçoivent qu'un dividende, alors qu'on en dispenserait les créanciers hypothécaires qui le plus souvent touchent l'intégralité de leurs créances? Où serait le motif de cette différence? le trouverait-on dans cette circonstance que les uns ne sont le plus souvent munis que de titres sous seing privé, tandis que les autres représentent des titres authentiques, ce qui devrait assurer à ces derniers une plus grande confiance? Outre qu'un pareil motif manquera parfois de base, puisque la vente et le partage d'un immeuble, actes qui donnent lieu au privilége 2103, nos 1-3 (C. Nap.), peuvent être constatés sous seing privé, on peut dire que l'authenticité du titre n'attache point à la créance un caractère plus certain quant à sa réalité, sa légitimité, sa quotité.

7° Aussi est-ce avec raison que le législateur a embrassé tous les créanciers dans une égale suspicion, et qu'il a pris des mesures générales contre toutes les fraudes qui peuvent se commettre en matière de faillite; c'est ainsi que pour imprimer aux opérations de la vérification plus de certitude et d'efficacité, il a permis :

Au syndic de compulser les registres et papiers du failli (471 C. comm.).

Au juge commissaire de se faire représenter les livres des créanciers, d'entendre le failli et toutes autres personnes (496, 498 C. comm.).

A tout créancier d'assister à la vérification et de contrôler les productions (494 C. comm.).

C'est ainsi qu'outre la vérification, il a exigé de tout créancier, quel qu'il soit, l'affirmation de sa créance (499 C. comm.), et c'est ainsi enfin que pour inspirer une crainte salutaire à quiconque oserait faire une affirmation mensongère, il a introduit dans la loi l'article 593 du Code de commerce, lequel déclare passibles des peines de la banqueroute frauduleuse, les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées.

8° Si donc il pouvait être loisible aux hypothécaires de réaliser le gage sans avoir auparavant fait reconnaître leur créance suivant les règles de la faillite, que deviendraient alors les sages mesures prises par la loi contre l'intrusion des créanciers illégitimes? Dira-t-on que leurs titres seront examinés et

pourront être contestés lors de la distribution du prix des immeubles? Mais il faut y prendre garde; renvoyer à l'ordre la discussion des créances hypothécaires, ce n'est pas simplement substituer un mode arbitraire de vérification au mode déterminé par la loi, c'est porter une grave atteinte à la situation des chirographaires. Sans doute, comme être collectif, ces derniers seront représentés par le syndic dans la procédure de distribution (443 C. comm., 775 C. proc.); mais précisément parce qu'ils seront ainsi représentés, ils n'auront pas qualité pour intervenir personnellement [1], de telle sorte qu'ils seront privés du droit de contrôle individuel qui leur est conféré par l'article 494 du Code de commerce. Inutile de dire qu'à l'ordre les créances ne seront point soumises à l'affirmation, et qu'ainsi disparaîtra encore cette garantie, qui est loin d'être vaine si l'on se reporte aux dispositions pénales de l'article 593 du Code de commerce. Enfin, il existe une raison péremptoire qui ne permet pas de remplacer la vérification en commmun, par ce simulacre de vérification à l'ordre, c'est que ce serait distraire la masse créancière de ses juges naturels, de la juridiction consulaire exclusivement investie de la connaissance de tout ce qui concerne les faillites (635 C. comm.). Or il ne faut point perdre de vue que le cas de faillite constitue, suivant les expressions de la Cour d'Amiens, — un état de choses tout exceptionnel, dans lequel les obligations du failli de même que celles des créanciers, sont rigoureusement tracées, les attributions des syndics, la juridiction du juge commissaire et du tribunal de commerce nettement définies, de telle sorte que toute infraction à ces règles et toute procédure en dehors de celle établie par la loi doivent être sévèrement proscrites [2].

9° Tels sont les principaux arguments que l'on peut faire valoir pour établir que, même à l'égard des hypothécaires et avant la mise en action de leur droit, la vérification et l'affirmation sont obligatoires; ces arguments, il faut l'avouer, sont loint d'être dénués de force; nous devons d'ailleurs dire que l'opinion à l'appui de laquelle ils sont produits est généralement adoptée par les auteurs qui ont écrit sur la matière [3], et

[1] Renouard, *Traité des faillites*, t. I, p. 305-306. — Poitiers, 20 janvier 1853. — Paris, 20 décembre 1849. — 12 décembre 1855.

[2] 27 février 1839.

[3] Pardessus, n° 1184. Renouard, art. 501, C. Com. Boileux, sur Boulay-Paty, n°s 455 et 494. Esnault, n° 380.

qu'elle a été consacrée par la Cour d'Amiens[1], qui a décidé spécialement qu'un créancier est irrecevable à introduire l'ordre, si sa créance n'a pas été avant tout produite, vérifiée et affirmée à la faillite. On peut citer encore un arrêt de la Cour de Rennes, qui statue dans les mêmes termes, relativement à l'exécution du gage[2].

10° Cette théorie est, suivant nous, très-contestable. Pour la combattre, nous n'irons pas toutefois jusqu'à soutenir que celui qui a une créance à exercer contre la faillite, peut, à son choix, procéder par action directe ou par voie de production, et que, dès lors, la vérification préalable par les syndics, loin d'être exigée d'une manière absolue, est *purement facultative*. Et pourtant c'est ce que paraît avoir décité la cour de Douai dans l'espèce suivante[3]. Un notaire est déclaré en état de faillite; l'un de ses clients, pour lequel il avait fait un mauvais placement de fonds, et qui n'était pas venu en rang utile sur le prix des biens de son débiteur, forme, devant le tribunal civil de Dunkerque contre les syndics du notaire failli, une demande en payement de 2,000 fr. à titre de dommages-intérêts pour réparation du préjudice résultant de la perte de sa créance. Les syndics lui opposent une fin de non-recevoir, fondée sur ce qu'il aurait dû faire valoir son droit, non pas par action ordinaire et directe, mais par production à la faillite, dans les termes et dans les formes déterminés par le Code de commerce.— Jugement qui écarte la fin de non-recevoir. Appel. — Arrêt confirmatif par les motifs ci-après : « Attendu que si l'intimé pou» vait produire sa demande dans les termes fixés par les articles » 491 et suivants du Code de commerce, sauf en cas de con» testation, le renvoi des parties devant le juge civil, aucune » disposition de la loi ne frappe ladite demande de non-receva» bilité, pour avoir été portée immédiatement devant le juge » dont la compétence n'est pas contestée; — que la fin de non» recevoir proposée ne doit pas dès lors être accueillie. »

Si nous reproduisons cet arrêt, ce n'est pas que nous en approuvions la doctrine; car il nous semble incontestable, qu'à l'exception du locateur, tout individu qui prétend droit à la masse mobilière est tenu de se pourvoir par voie de produc-

[1] 27 février 1839.
[2] 12 février 1813.
[3] 20 décembre 1849.

tion, ce mode de procéder étant le seul régulier[1]. Aussi n'avons-nous cité cette décision que pour constater la divergence des opinions sur la matière.

11° Mais ce que nous soutenons, mais ce que nous espérons démontrer, c'est que le créancier hypothécaire, lorsqu'il veut agir sur les immeubles de son débiteur, ne peut, dans aucun cas, à aucune époque, être astreint ni à fournir ses titres à la faillite, ni à subir le préliminaire de la vérification et de l'affirmation ;—que, si l'on a décidé le contraire, c'est que l'on ne s'est pas appliqué à distinguer dans ce créancier les deux droits qu'il réunit en sa personne.

12° En effet, le créancier hypothécaire a 1° un droit général sur tous les biens du failli, en vertu du principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (2092-2093 C. Nap.); 2° un droit spécial sur les immeubles en vertu, soit de la loi, soit de la convention qui les a affectés à la garantie de sa créance (2094 C. nap.). L'actif de la faillite se divise donc en deux masses qu'il ne faut pas confondre; la masse immobilière, qui est dévolue exclusivement aux créanciers hypothécaires; la masse mobilière, à laquelle peuvent également participer ces derniers, tout aussi bien que les chirographaires, soit pour leur créance entière, s'il ne viennent pas en rang utile à l'ordre, soit pour la partie seulement de leur créance qu'ils ne toucheraient pas dans cette distribution.

Cette distinction établie, nous ajouterons qu'il est de principe que les créanciers hypothécaires sont placés hors de la faillite pour tous les droits que l'hypothèque peut leur garantir utilement[2]. — Ainsi, tandis que le jugement déclaratif de la faillite arrête les intérêts de toute créance purement chirographaire, les créanciers hypothécaires conservent leur droit aux intérêts sur les sommes provenant des biens qui leur sont affectés (445 C. comm.). — Bien que l'une des conséquences de la faillite soit, comme nous l'avons dit plus haut, de suspendre les poursuites des chirographaires, les hypothécaires continuent de jouir en vertu du droit commun de la faculté d'exproprier les immeubles (571-572 C. comm.). — La répartition du prix des effets mobiliers est faite devant le juge commissaire à la faillite (466 C. comm.); le prix des immeubles hypothé-

[1] Bordeaux, 10 décembre 1839. — Besançon, 30 août 1856.
[2] C. Cas, 8 mars 1848.

qués se distribue devant le juge civil, suivant les règles du Code de procédure auxquelles la loi commerciale n'a nullement dérogé. (Avis du Conseil d'État du 4 décembre 1810, approuvé le 9 du même mois.)—Les créanciers ordinaires ont seuls droit de voter au concordat; les créanciers hypothécaires n'ont pas, comme tels, voix dans la délibération, et, s'ils votent, ils descendent par ce seul fait et immédiatement au rang de simples chirographaires (508 C. comm.).—La masse chirographaire est représentée par les syndics; les créanciers hypothécaires, en tant qu'ils ont des intérêts distincts de cette masse, gardent au contraire leur liberté d'action; la gestion des syndics ne saurait les lier ni leur préjudicier [1]. — Aussi ne sont-ils point obligés de laisser prélever sur le prix des immeubles, les frais faits pour l'ouverture de la faillite, les convocations et réunions, les droits de greffe et honoraires des syndics; et c'est justice, car ces frais, droits et honoraires leur sont complétement étrangers comme les opérations qui les entraînent [2].

13° S'il n'existe pas de faillite pour les créanciers hypothécaires, comment pourrait-on les soumettre à la vérification, préalablement à la mise en mouvement de leur hypothèque? Où puiserait-on ce droit contre eux?

Serait-ce dans les articles 491-492-493 du Code de commerce? Soit; nous reconnaissons avec nos adversaires que ces articles prescrivent d'appeler dans la faillite les hypothécaires tout aussi bien que les chirographaires.

Serait-ce dans l'article 501 du Code de commerce? Soit, nous reconnaissons encore avec nos adversaires qu'en autorisant les hypothécaires, dont l'hypothèque seulement est contestée, à assister aux délibérations, cet article présuppose que la créance aura été préalablement vérifiée.

Mais nous ne sommes plus d'accord avec nos adversaires, lorsque de ces dispositions ils concluent que les hypothécaires sont astreints à la vérification dans tous les cas, et notamment avant l'introduction de l'ordre; il nous sera facile d'établir que cette conséquence est inadmissible.

Nous rappellerons d'abord la distinction que nous avons faite

[1] C. Colmar, 15 mars 1850. — Orléans, 13 mai 1851.
[2] Paris, 27 avril, 1836. — Rouen, 2 décembre 1841. — Cos, 8 mars 1848.

entre les deux droits attribués par la loi aux créanciers hypothécaires; droit de suite et de préférence sur les immeubles, gage exclusif des créanciers inscrits; — droits éventuel et subsidiaire sur les deniers mobiliers, gage commun de tous les intéressés.

S'il est de principe que le créancier, tant qu'il se renferme dans son droit hypothécaire, n'est nullement assujetti à la vérification, il est également incontestable que cette formalité devient pour lui obligatoire du moment qu'il veut entrer dans la faillite.

Il peut arriver que la distribution des valeurs mobilières se fasse avant celle des valeurs immobilières, ou qu'il soit procédé simultanément aux deux opérations (553-554 C. comm.); un créancier hypothécaire, qui tient à ne perdre aucune chance d'obtenir un payement complet, agit prudemment en se présentant à la faillite pour y recevoir le dividende afférent à sa créance.

Il peut arriver également que la réunion pour la formation du concordat (504 C. comm.) précède la distribution du prix des immeubles. Le créancier hypothécaire, bien qu'il lui soit interdit en cette qualité de voter au concordat (508 C. comm.), a cependant la faculté d'assister aux délibérations (501), faculté dont il fera sagement d'user au besoin. En effet de deux choses l'une : ou les propositions du failli lui paraîtront avantageuses, et alors se désistant d'une hypothèque peut-être illusoire par son rang, il cherchera à les faire prévaloir en les appuyant non-seulement de sa parole, mais encore de son vote; ou il jugera ces propositions défavorables, et alors il les combattra pour détourner la masse créancière du concordat et l'amener à se constituer en état d'union (529 C. comm.).

Mais pour assister aux délibérations, mais pour participer aux répartitions, il faut nécessairement avoir été admis dans la faillite après production, vérification et affirmation de la créance (501-503-504-505-552-553-565 C. comm.)

Cela posé, on comprend immédiatement que si les articles 491-492-493 exigent la mise en demeure, la convocation des créanciers hypothécaires, ce n'est point à cause de leur droit réel sur les immeubles, c'est principalement, on pourrait même dire uniquement, à cause de leur droit personnel dans la faillite, et afin qu'ils aient à l'exercer, si bon leur semble.

Que si nous arrivons plus spécialement à l'article 501 du Code de commerce, nous observerons que pour en saisir la

portée juridique, il ne faut pas l'isoler des dispositions précédentes : or, ces dispositions, pas plus que l'article 501, ne traitent de l'expropriation et de l'ordre dans leurs rapports avec la faillite; elles s'occupent d'une matière tout opposée, du concordat. En effet, les articles 498-499-500 du Code de commerce prévoient le cas où des créanciers chirographaires ayant été critiqués, la contestation n'est pas en état de recevoir jugement définitif; et pour ne point arrêter la marche de la faillite, ils permettent, d'une part, aux tribunaux d'admettre par provision une partie de la créance contestée, et d'autre part, aux créanciers de voter au concordat pour le montant de cette provision. Puis vient l'article 501, lequel, par une faveur toute nouvelle et qui n'existait point dans la pratique du Code de commerce, donne à tout créancier hypothécaire, dont la créance a été admise définitivement ou par provision, le droit d'assister aux délibérations, alors même que son hypothèque serait contestée. Le concordat étant l'œuvre exclusive des créanciers chirographaires, on conçoit que, s'il est permis au créancier hypothécaire de se présenter aux délibérations, ce n'est point à ce dernier titre, et qu'il y assiste simplement, ainsi que le dit la loi, comme créancier ordinaire. Aussi il importe peu que l'hypothèque soit contestée. Il suffit, mais il faut que la créance soit reconnue; c'est là tout ce qu'a voulu dire l'article 501.

Et maintenant, voici comment peut naître la contestation de l'hypothèque. Nous avons dit plus haut que le créancier hypothécaire a parfois intérêt à exercer son droit personnel dans la faillite avant l'ouverture de l'ordre. Il se présente donc à la vérification. Or, c'était sous la loi de 1808, et c'est encore sous la loi de 1838 une question controversée que celle de savoir si la production pure et simple d'une créance hypothécaire et son admission comme créance ordinaire entraînent la déchéance de l'hypothèque. Aussi, pour conserver les avantages attachés à sa créance, pour éviter au moins toute discussion sur une prétendue renonciation à ces avantages, est-il d'usage que le créancier relate dans la production son hypothèque et son inscription[1]. Et alors il arrive ceci : ou la créance est reçue munie de ses accessoires, ou bien la créance est seule admise, tandis

[1] Geoffroy, *Code des faillites*, p. 98.

que le droit hypothécaire est contesté. C'est là un premier cas, le plus fréquent, il est vrai, dans lequel l'article 501 trouve sa réalisation; mais ce cas n'est pas le seul. Tous les jours il arrive que, tout en respectant la créance, le syndic attaque l'hypothèque comme conférée en temps suspect, soit par action principale, soit par voie incidente au cours de l'expropriation ou de l'ordre. En présence de cette contestation, qui peut avoir pour résultat d'anéantir son droit réel, un créancier prudent ne s'exposera point à tout perdre; il voudra sauver au moins du naufrage le dividende afférent à sa créance, et à cet effet il se hâtera de se faire vérifier pour prendre part aux opérations de la faillite. Ces hypothèses rentrent bien dans le cadre de l'article 501. Nous y trouvons une hypothèque contestée, une créance admise, et comme conséquence la faculté d'assister aux délibérations.

Comme on le voit, l'article 501 peut s'expliquer parfaitement sans que, pour lui donner un sens, on soit obligé de recourir à l'interprétation exorbitante que nos adversaires veulent lui imposer. Aussi, nous résumant sur ce point, nous persistons à dire que si l'article 501 exige la vérification de la créance hypothécaire, c'est là une prescription purement relative et nullement absolue; que cet article statue seulement et spécialement en vue du droit d'assistance au concordat, et non point en vue des droits de suite et de préférence qu'il n'avait point à réglementer, ces droits, sauf la modification prévue par l'article 572 du Code de commerce, demeurant tout entiers sous l'empire de la loi civile et du Code de procédure.

14° Les articles 491-492-493 et 501 écartés du débat, poursuivons.

L'article 503 du Code de commerce suppose que certains créanciers n'ont point fait vérifier leur créance avant la distribution de l'actif mobilier, et voici ce qu'il porte : « A défaut » de comparution et affirmation dans les délais qui leur sont » applicables, les défaillants connus ou inconnus ne seront » pas compris dans les répartitions à faire. Leur opposition ne » pourra suspendre l'exécution des répartitions ordonnan- » cées, etc. » Ainsi, quiconque n'aura pas fait vérifier sa créance perdra son dividende dans les répartitions. Le législateur a-t-il formulé une pareille sanction contre les hypothécaires non vérifiés qui se présenteraient à la distribution du

prix des immeubles? Nullement. Et il y a cela de remarquable, qu'alors que dans plusieurs dispositions (503-552-553-565 C. comm.) il se complaît à rappeler que la vérification est la condition essentielle de toute participation à l'actif mobilier, il n'a fait nulle part mention de cette formalité relativement à l'ordre. Nous nous trompons, une fois il s'en explique, et c'est pour dire, sinon expressément, mais implicitement du moins qu'en cette circonstance il n'y a pas lieu de l'exiger.

Nous avons vu que les créanciers hypothécaires ont un droit général sur l'actif de la faillite, et que dès lors ils peuvent participer à la distribution des deniers mobiliers. C'est précisément ce mode de participation qui est réglé par les articles 552-553-554-555-556 du Code de commerce. Nous lisons, sous la section qui traite des droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles : Art. 552. « Lorsque la » distribution du prix des immeubles sera faite antérieure- » ment à celle du prix des biens meubles ou simultanément, » les créanciers hypothécaires ou privilégiés, non remplis sur » le prix des immeubles, concourront à proportion de ce qui » leur sera dû avec les créanciers chirographaires sur les de- » niers appartenant à la masse chirographaire, *pourvu, toute- » fois, que leurs créances aient été vérifiées et affirmées suivant » les formes ci-dessus établies.* » Le législateur suppose donc que le créancier hypothécaire, avant de venir et pour venir à l'ordre, n'a point fait et n'a point dû faire vérifier sa créance, puisqu'il prend soin d'exiger l'accomplissement de cette formalité de la part de ce créancier alors que n'ayant pas reçu satisfaction à l'ordre, il voudra participer ultérieurement aux répartitions de l'actif mobilier. Or, dans cette hypothèse, le créancier hypothécaire a disparu; c'est seulement de ce créancier passé à l'état de chirographaire et vis-à-vis de la masse chirographaire que la vérification est exigée. Notre interprétation serait, au besoin, corroborée par le texte si net et si précis de l'article 556 du Code de commerce. Voici ce qu'il porte : « Les créanciers hypothécaires qui ne viennent point en ordre » utile, seront considérés comme chirographaires et soumis » comme tels aux effets du concordat et de toutes les opéra- » tions de la masse chirographaire. » Qu'est-ce à dire, sinon que les créanciers hypothécaires, tant qu'ils n'agiront qu'en cette qualité, tant qu'ils ne s'attaqueront qu'aux immeubles ou

au prix qui les représente, n'auront rien à démêler avec les opérations de la faillite?

15° Ainsi la loi a établi, au point de vue qui nous occupe, une notable différence entre le créancier hypothécaire et le créancier chirographaire, et cette différence n'a rien qui doive étonner, car elle a ses précédents en matière purement civile. Dans la distribution par contribution, les chirographaires sont tenus d'affirmer la sincérité de leur créance (art. 671 C. proc., et 101 Tarif). A l'ordre, au contraire, l'affirmation n'est point imposée aux hypothécaires, et il n'y a pas d'exception pour le cas où les biens proviennent d'un failli. En effet, que l'ordre s'ouvre par suite de faillite ou de déconfiture, les règles sont invariablement les mêmes.

16° Est-il à craindre, au surplus, que pour n'avoir pas subi l'épreuve de la vérification, les créances des hypothécaires ne soient colloquées à l'ordre sans examen, sans discussion. Qu'on se rassure, le juge-commissaire saura apprécier les droits de chacun. Que si, d'ailleurs, une production est à tort admise par le juge, les créanciers chirographaires pourront, par l'organe du syndic, débattre et faire repousser cette indue collocation. Nous inclinerions même à reconnaître surabondamment à ces créanciers la faculté de contredire individuellement sur le règlement provisoire; ce serait un moyen de les maintenir dans la plénitude du droit qui leur aurait appartenu, si les créances eussent dû être soumises à la vérification consulaire. Opposerait-on contre l'intervention personnelle des chirographaires, que l'ordre est une procédure spéciale et tout exceptionnelle, qu'il s'agit d'y régler les droits des seuls créanciers privilégiés et hypothécaires, et que dès lors ces créanciers seuls peuvent y figurer. A cela il est facile de répondre que, pour être recevable à intervenir dans une instance, il suffit d'y avoir intérêt. Or, l'intérêt ici est évident, car si les chirographaires parviennent à faire écarter les priviléges et les hypothèques, le prix des biens du débiteur, gage commun de ses créanciers, se distribuera entre eux par contribution [1]. Opposerait-on, et cette objection semble plus sérieuse, que le syndic de la faillite est le représentant légal des chirographaires, et que, par suite, l'intervention de ces derniers est

[1] Cass, 13 août 1855.

irrecevable? Sans doute le syndic représente les chirographaires; mais il représente aussi le failli, et il a été décidé et la loi elle-même a conservé ce principe que le failli peut intervenir dans tout procès où il est représenté par le syndic (443 C. comm.). Pourquoi donc les créanciers qui sont représentés au même titre n'auraient-ils pas le même droit. L'article 494 du Code de commerce ne donne-t-il pas à tous les créanciers la faculté de contester l'admission des créances, et ce même en présence des syndics et concurremment avec eux. Le droit d'intervention a été au surplus reconnu aux chirographaires par arrêt de la cour de cassation ainsi conçu : « Attendu que » si les syndics d'une faillite sont les représentants légaux de » la masse, il n'en résulte pas que quelques-uns des créanciers » ne puissent intervenir pour veiller à la conservation de leurs » droits[1]. »

Ainsi donc, devant le juge civil aussi bien que devant le juge consulaire, nul droit ne demeurera sans garantie.

17° Le système que nous soutenons s'appuie sur deux décisions souveraines. Par un arrêt du 14 octobre 1857, confirmatif d'un jugement du tribunal d'Épernay, la cour de Paris a déclaré que le créancier hypothécaire non vérifié peut saisir les immeubles affectés à la sûreté de sa créance; la Cour, entr'autres motifs, s'est fondée sur le principe général que nous avons ci-dessus analysé, savoir : que le créancier, pourvu d'un droit hypothécaire, n'est point assujetti aux règles de la faillite quant à l'exercice de ce droit.

Un arrêt de la cour de Lyon, en date du 17 mars 1846, décide que la créance du propriétaire n'est point soumise aux formalités de la vérification, et ce, par les motifs ci-après : « que » l'article 450 du Code de commerce reconnaît au locateur le » droit d'exécution sur les effets mobiliers garnissant la maison » louée; que seulement cet article suspend ce droit, pendant » trente jours, à partir du jugement déclaratif de la faillite; » que cette disposition est incompatible avec les délais plus » longtemps fixés par les articles 492 et suivants pour la vérifi- » cation des créances. » Nous observerons que, dans l'espèce, il ne s'agissait pas de savoir si le propriétaire pouvait saisir et faire vendre le mobilier du locataire avant l'affirmation

[1] Cos, 30 décembre 1856. — Orléans, 5 avril 1859.

de la créance. Le mobilier était vendu et le propriétaire avait introduit un référé pour se faire attribuer le prix obtenu en payement de ses loyers. Le syndic opposait qu'il devait avant tout faire vérifier et affirmer sa créance. C'est dans cette situation qu'il a été déclaré que l'accomplissement de cette formalité n'était pas nécessaire.

Ces décisions ont d'autant plus d'importance que l'une présente une très-grande analogie, et l'autre une complète identité avec l'espèce en discussion.

Nous pouvons encore citer, en faveur de notre thèse, un arrêt de la Cour de Douai, en date du 17 février 1859, lequel, dans un de ses considérants, déclare que si les créanciers hypothécaires se font vérifier et affirment leurs créances, c'est qu'ils ont ou peuvent avoir, indépendamment de l'affectation des immeubles, des droits à exercer sur la masse chirographaire.

18° Si la Cour de Lyon a pensé qu'il y avait incompatibilité entre les délais de la vérification et les délais fixés pour l'exercice de l'action du propriétaire, il nous sera facile de démontrer que la vérification est plus inconciliable encore avec l'économie de l'ordre.

L'ordre requiert célérité; c'est là un point hors de controverse. Ainsi, un débiteur est exproprié, et du moment que le jugement d'adjudication a été soumis à la transcription, rien ne s'oppose à l'introduction immédiate de l'ordre. — Mais voici qu'avant la réquisition d'ouverture (750 C. proc.), survient un jugement qui prononce la faillite du saisi; dans le système des adversaires, il devrait être sursis à l'ordre jusqu'à la vérification. Or la vérification qui doit être précédée de certaines opérations préliminaires, telles que la nomination des syndics définitifs, la composition de l'état des créanciers présumés (462 C. comm.), la confection de l'inventaire (479); la convocation des intéressés (491-492-493); ne commence généralement que dans les trois mois de la déclaration de faillite; et encore en fixant cette époque, raisonnons-nous dans l'hypothèse où un plus long délai ne sera pas nécessité, soit par la négligence des syndics, soit par l'opposition du débiteur à la sentence qui l'a constitué en état de faillite, soit par une instance tendant au report de la cessation des payements, soit par d'autres incidents imprévus. Si l'ordre doit subir un pareil

temps d'arrêt, nous nous demandons ce que deviennent les prescriptions de la loi qui veut, et avec raison, que les immeubles étant vendus, la distribution du prix s'en fasse avec la plus grande promptitude. — Il y aurait là pour les créanciers hypothécaires un double préjudice, d'abord en ce qu'ils verraient différer le payement de ce qui leur est dû, ensuite en ce qu'ils perdraient les intérêts qui, pendant le sursis, seraient tombés sous le coup, soit de la prescription quinquennale (2777), soit de la restriction édictée par l'article 2151 du Code Napoléon.

19° Autre cas.—Aux termes de l'article 772 du Code de procédure, les créanciers à hypothèques légales, qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai fixé par l'article 2195, peuvent encore exercer leur droit de préférence, si, l'ordre étant ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai, ils ont produit leurs titres dans les quarante jours fixés par l'article 754 du Code de procédure. Or, pour sauvegarder ce droit, nul doute que ces créanciers devront le plus souvent se hâter de requérir eux-mêmes l'ouverture de l'ordre; eh bien! comment pourrront-ils le faire dans le temps fatalement prescrit, si l'ordre étant subordonné à la marche de la faillite, ils sont empêchés par les lenteurs inséparables de la vérification.

20° Continuons. — Les hypothécaires se présentent à la vérification. Les uns sont admis : moins heureux d'autres sont contestés et les difficultés renvoyées devant les juges qui doivent en connaître; l'un des créanciers admis provoque l'ordre; c'est son droit, et l'on n'ira sans doute pas jusqu'à prétendre que l'exercice en sera suspendu jusqu'au jour où les contestés auront vidé définitivement leur querelle avec les syndics. Le juge-commissaire convoque les créanciers inscrits, afin de se régler amiablement sur la distribution du prix (751 C. proc.). Inutile de dire qu'en l'état la tentative de conciliation sera infructueuse, puisque déjà du syndic à certains créanciers la lutte judiciaire est engagée. L'ordre est donc ouvert (752 C. proc.), et les créanciers sont mis en demeure de produire (753). Aux termes des articles 754 et 755 du Code de procédure, tout créancier est tenu de produire, dans le délai de quarante jours, à partir de la sommation. N'est-il pas à craindre que dessaisis de leurs titres alors soumis, soit aux juges consulaires, soit aux magistrats de la Cour d'appel, les créanciers contestés à

la faillite ne soient exposés à produire tardivement, et dès lors, à encourir la forclusion?

21° Il y a plus : décider en principe, comme l'a fait la Cour d'Amiens, qu'un créancier non vérifié est irrecevable à introduire l'ordre, c'est décider comme conséquence qu'un créancier non vérifié est également irrecevable à y produire. Or, par créancier vérifié, on doit entendre celui qui est admis dans la faillite (497 C. comm.), et non celui qui lutte pour s'y faire admettre. Vainement donc les hypothécaires dont la créance contestée par les syndics n'a point encore été reconnue par la justice, produiront à l'ordre, la logique du système que nous combattons veut qu'on les repousse par une fin de non-recevoir; et voici, en résultat, la singulière position qui pourra leur être faite : s'il produisent, on leur dira, en vertu de la loi sur les faillites, « il est trop tôt; votre créance n'est pas vérifiée. » Si leur créance n'est définitivement admise et s'ils ne produisent qu'après les délais des articles 754 et 755 du Code de procédure, on leur dira en vertu de la loi sur l'ordre : « Il est trop tard, vous avez encouru la déchéance. »

22. Mais il ne suffit pas d'avoir démontré que la vérification serait une entrave au cours régulier de l'ordre, un péril pour les créanciers ; nous voulons établir que cette formalité serait l'occasion de frais dispendieux, et, qu'après tout, elle n'aurait maintefois aucun résultat utile.

Supposons dix créanciers hypothécaires. Avant l'ouverture de l'ordre, ils se rendent à la vérification. Quatre d'entre eux sont contestés. On dit à Primus, créancier commercial : « Votre créance est éteinte par le payement. » A Secundus, créancier civil : « Il ne vous est dû qu'une année d'intérêts, » au lieu de deux que vous réclamez. » A Tertius : « Votre » hypothèque est nulle comme ayant été constituée dans les » dix jours de la cessation des payements. (445, C. com.)» A Quartus : « Votre inscription est irrégulière comme ayant été » prise depuis le jugement déclaratif de la faillite. (448, C. com.) » Voilà donc quatre instances distinctes qui pourront, suivant la nature des créances et des contestations, être portées devant deux juridictions différentes (498-500, C. com.). Voilà quatre jugements et peut-être quatre arrêts à intervenir.

Si l'on décide avec nous que la vérification n'est pas obli-

gatoire, toutes ces difficultés s'élèveront à l'ordre par voie de contredits ; sur ces contredits s'engagera une seule et même instance, qui sera vidée par un seul et même jugement, et en cas d'appel, par un seul et même arrêt.

23. Croit-on d'ailleurs que les jugements et arrêts ainsi intervenus avec le seul syndic, et statuant sur le mérite d'une hypothèque ou d'une inscription, seront opposables à tout tiers quel qu'il soit. Le plus souvent, sans doute, ils seront respectés, parce que, le plus souvent on manquera de bonnes raisons pour les attaquer. Mais il n'en est pas moins certain, et c'est là une vérité élémentaire, qu'ils n'auront pas l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires qui n'y ont pas été parties. Vainement soutiendrait-on que ces derniers y ont été représentés par les syndics. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour reconnaître que le syndic ne représente pas les créanciers hypothécaires dans les intérêts opposés qu'ils peuvent avoir entre eux[1]. Aussi, en supposant que l'hypothèque de Tertius et l'inscription de Quartus aient été maintenues avec le syndic, nul doute qu'un créancier postérieur en rang n'eût le droit de les remettre en question lorsque l'ordre sera introduit. Et pour cela il n'aura pas même besoin de recourir à la tierce opposition, qui lui appartiendrait incontestablement[2]. il n'aura qu'à se pourvoir par contredit sur le règlement provisoire[3]; et il pourra arriver ceci, c'est que les hypothèque et inscription déclarées valables par une sentence devenue définitive entre les parties en cause, seront mises à néant par une sentence nouvelle émanée généralement des mêmes juges !

24. Soit donc que l'on considère la vérification en elle-même et telle qu'elle se révèle par la lettre et l'esprit des textes, soit qu'on la considère par rapport aux difficultés, retards et conflits dont elle compliquerait nécessairement l'ordre, on doit, ce nous semble, décider qu'elle ne forme point un préliminaire indispensable de cette procédure. En adoptant cette solution, nous croyons faire une saine appréciation tout à la fois de la

[1] Cᵒⁿ, 25 juillet 1814. — 13 juin 1837. — 15 juin 1843. — Orléans, 13 mai 1851. — 15 février 1854.

[2] Mêmes arrêts.

[3] Poitiers, 31 janvier 1843. — Cᵒⁿ, 26 avril 1852. — Bourges, 16 novembre 1853. — Toulouse, 7 mars 1855.

loi du 28 mai 1838, qui assure au créancier hypothécaire, tant qu'il se borne à exercer son droit de suite et de préférence, une complète indépendance au milieu des errements de la faillite, et de la loi du 21 mai 1858 qui a pour but essentiel de proscrire les lenteurs et les frais inutiles dans la liquidation du gage immobilier. LANCELIN.

CHRONIQUE.

RÉVISION DU CODE PÉNAL PORTUGAIS.

Nos lecteurs savent qu'en 1852, le gouvernement portugais avait essayé de réformer complétement sa législation criminelle, et que, par un décret du 10 décembre 1852, il avait promulgué un *nouveau Code pénal.*

Toutefois ce Code était loin d'offrir toute la perfection désirable, et, dès sa naissance, il avait provoqué tant de justes critiques, que le gouvernement, éclairé par cette manifestation de l'esprit public, crut devoir en ajourner la mise à exécution.

Déja une loi du 18 août 1853 avait profondément modifié quelques-unes des dispositions de ce nouveau Code, quant à la juridiction criminelle.

Une autre loi ordonna que ce Code serait, avant la mise en vigueur, soumis à l'examen d'une commission nommée par l'assemblée des cortès.

Cette commission a été instituée, elle a choisi pour son secrétaire et pour son rapporteur un des plus éminents jurisconsultes de Lisbonne, M. Lévy-Maria Jordaõ, docteur en droit, avocat à la Cour de cassation et membre de l'Académie des sciences.

La commission, après avoir, durant de longues séances, procédé à l'examen du Code pénal, vient d'arrêter son *projet de révision*, qui sera prochainement soumis à la délibération des cortès.

« Ce projet, s'il est, comme on le suppose, définitivement

adopté par l'Assemblée législative, constituera, nous écrit notre correspondant de Lisbonne, un des Codes les plus avancés et les plus perfectionnés qu'ait encore produits la science pénale.

» Vous devrez être heureux d'apprendre que la commission a surtout pris pour base de sa révision un écrit très-remarquable que vous avez édité récemment sous ce titre : *De l'Amélioration de la loi criminelle*, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante, par M. *A. Bonneville*, conseiller à la Cour impériale de Paris (1).

» En introduisant dans son travail les nombreuses *améliorations* que l'auteur a indiquées, et dont quelques-unes ont déjà été consacrées par la législature de votre pays, la commission des cortès a rendu un éclatant hommage non-seulement aux efforts de votre savant criminaliste, mais aussi à la prépondérance des idées françaises, qui ne cessent de diriger le mouvement progressif et civilisateur de l'Europe. »

RÉVISION DES CODES CRIMINELS DU BRÉSIL.

Le Brésil prépare également une révision de sa législation répressive. « L'absence d'un Code pénal et de procédure, plus conforme aux lumières du siècle, se fait généralement sentir, a dit l'empereur dom Pedro II, dans son discours à la dernière ouverture des chambres (10 mai 1853). — Ce souverain a ajouté : « La législation relative à la procédure criminelle réclame quelques améliorations, qui, sans porter atteinte aux principes d'ordre et à la force de l'autorité, donnent une plus grande somme de garanties à la liberté et à la sécurité individuelles. »

(1) Un beau vol. in-8°; Paris, Cotillon, 1857.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière de procédure civile,

SUR LES QUALITÉS DES JUGEMENTS ET LA MANIÈRE DE LES RÉGLER.

Par M. Sévin, conseiller à la Cour de cassation.

Il n'y a rien de plus important dans la procédure que la bonne rédaction de cette partie des jugements et arrêts qu'on nomme les *qualités*.

« C'est là seulement, dit M. Tarbé [1], que la Cour de cas-
» sation trouve les faits du procès, la demande, les conclusions
» des parties, et l'indication des questions à juger. C'est dans les
» qualités qu'elle puise les diverses circonstances auxquelles se
» réfèrent les motifs quelquefois incomplets d'une décision trop
» concise. Tantôt des conclusions inexactement rappelées don-
» neront naissance à un pourvoi pour défaut de motifs sur un
» chef de demande, tantôt des conclusions omises ne permet-
» tront pas de justifier un grief qui peut-être serait bien fondé....
» Qui de nous n'a pas vu souvent des aveux judiciaires imprudem-
» ment articulés, des nullités couvertes par l'inexacte assertion
» d'une défense au fond, des prétentions sacrifiées par des omis-
» sions d'une incompréhensible légèreté, en un mot des droits
» compromis par les négligences que nous ne pouvons qu'indi-
» quer sommairement? »

De l'importance extrême des *qualités* est née une grande sévérité de la jurisprudence; sévérité qui s'explique par la nécessité d'assurer la vérité des énonciations de cette partie essentielle des jugements et arrêts. Ainsi, lorsqu'on a reconnu et constaté, dans les *qualités* d'une décision judiciaire, l'absence d'une des énonciations essentielles prescrites par la loi, on a prononcé la nullité du jugement ou de l'arrêt dans son entier, sans faire la distinction des deux parties qui la composent, la première, ou les qualités, œuvre de l'avoué poursuivant, et la seconde, ou le dispositif, qui est l'œuvre du juge.

Ce point admis, la jurisprudence s'est facilement laissé aller à une sévérité non moins grande, à l'occasion de l'opposition

[1] *Lois et règlements de la Cour de cassation*, p. 128.

qui peut être faite aux qualités signifiées et du règlement qui doit être fait par le magistrat présidant l'audience, aux termes de l'article 145 du Code de procédure civile. Lorsque ce règlement des qualités a été fait par un autre juge que celui indiqué par la loi, on prononce la nullité, non pas de l'ordonnance rendue par le magistrat incompétent, mais du jugement ou de l'arrêt lui-même. De nombreux arrêts de la Cour de cassation ont été rendus dans ce sens, et même, la Chambre civile n'a pas accueilli un tempérament qui résultait de quelques arrêts de la chambre des requêtes. Cette dernière chambre avait jugé (le 22 novembre 1837, le 5 juillet 1847) que le plaideur, qui avait procédé sans réclamation devant le juge incompétent était non recevable à invoquer la nullité résultant de cette incompétence. Mais des arrêts plus récents (22 août 1855, 25 janvier 1859, 21 mars 1859) ont considéré la nullité dont il s'agit comme une nullité d'ordre public, qui ne peut être couverte ni par le silence, ni même par le consentement des parties.

Quant à la thèse principale, à la nullité d'un jugement ou arrêt dont les qualités ont été réglées sur opposition par un autre magistrat que celui désigné par l'article 145, les arrêts ne se comptent plus. Tous sont uniformément motivés sur cette double considération :

« Que d'après l'article 141 du Code de procédure civile, les » qualités font partie essentielle des jugements et arrêts ;

» Que l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 déclare nuls les » jugements et arrêts rendus par des juges qui n'ont pas assisté » à toutes les audiences de la cause. »

Si ces deux propositions sont vraies ; — s'il est vrai que les qualités font à tel point partie essentielle des jugements et arrêts qu'on ne doive faire aucune différence entre l'œuvre de l'avoué et l'œuvre du juge ; — s'il est vrai que le règlement des qualités soit une dernière audience de la cause soumise à la règle de l'identité des juges pendant toute la durée du débat ; — il n'y aura rien à dire : il faudra se soumettre, sans hésiter, à une jurisprudence qui présente pourtant des résultats qu'il est permis de trouver excessifs.

Il faudra bien aussi accepter, comme sanction, la nullité de l'arrêt dont les qualités auront été incompétemment réglées, si l'on ne trouve aucun autre moyen pour assurer l'exactitude des

énonciations si importantes que doivent contenir les qualités pour sauvegarder les intérêts des parties que pourrait compromettre l'erreur ou la négligence des officiers ministériels.

C'est sur ces différents points que nous désirons soumettre au public judiciaire, à la Cour de cassation elle-même, quelques observations.

Nous n'avons pas besoin, sans doute, de protester de notre profond respect pour les décisions de la Cour suprême : depuis bientôt douze ans nous avons l'honneur d'être associé, pour notre faible part, à ses éminents travaux, nous avons pu juger, mieux que personne, à quel point les honorables magistrats qui la composent sont détachés de toute préoccupation d'amour-propre ou de parti pris. Des retours de jurisprudence sur bien des questions attestent assez qu'il n'y a, dans cette sphère élevée, d'autre désir que celui de la vérité, d'autre passion que celle du droit. Ce qui nous encourage encore, c'est qu'il nous a semblé apercevoir dans les esprits quelque hésitation, quelque doute, nous n'osons dire quelques regrets, sur une jurisprudence qui ne peut guère être réformée par les voies ordinaires : tel est, en effet, le caractère singulier de la question qui nous occupe.

Que, sur un point de droit controversé, la Cour de cassation éprouve de la résistance de la part des Cours impériales; que, sur ce point de droit, et après une première cassation, la Cour de renvoi juge comme la première Cour dont l'arrêt a été cassé, il existe un remède suprême à cette contrariété de jurisprudence : les Chambres réunies de la Cour de cassation sont saisies de la controverse, et la tranchent d'une manière définitive, souvent dans un sens opposé à la solution émanée d'une des Chambres de la Cour. Les exemples célèbres et récents ne manquent pas.

Mais, dans le sujet qui nous occupe, il ne peut en être ainsi : il est impossible que la question vienne devant les Chambres réunies.

En effet, ce que la Cour casse, dans cette circonstance, ce n'est pas un arrêt qui aurait décidé que les qualités peuvent être réglées, sans qu'il en résulte nullité, par un magistrat incompétent; c'est un arrêt qui a statué au fond sur la contestation des parties, un arrêt qui ne s'est pas occupé du règlement des qualités ni de la compétence pour y pourvoir; car

cet arrêt est antérieur à la rédaction des qualités et à tout débat sur cet acte de la procédure. On ne trouvera donc jamais, ce qui est la condition première de la loi du 1er avril 1837, ces deux décisions identiques, l'une cassée, l'autre à renvoyer à l'audience solennelle des Chambres réunies. Ce résultat anormal, en contradiction avec les règles mêmes de l'organisation de la Cour de cassation, n'est-il pas déjà un avertissement qu'il y a là quelque chose d'extraordinaire? N'est-ce pas une indication, un encouragement pour s'adresser avec persistance à la chambre civile dont la jurisprudence ne peut être soumise au débat solennel institué pour la réformer?

Pour notre compte, ce n'est jamais sans un vif regret que nous nous sommes vu contraint, par respect pour l'autorité imposante de nombreux arrêts, à requérir la cassation de décisions judiciaires, irréprochables dans leur essence, contre lesquelles on ne formulait aucun grief, pas même celui d'avoir négligé ou contrarié quelqu'un des points que doivent constater les qualités : cassation prononcée uniquement parce que, postérieurement à l'arrêt prononcé, signé, complété de la part du juge, un avoué aurait signifié un acte de procédure qui, frappé d'opposition par son adversaire, aurait été suivi d'une ordonnance incompétemment rendue sur cette opposition.

Tout repose, on le conçoit, sur cette proposition : *les qualités font partie essentielle de l'arrêt.* Nous craignons qu'il n'y ait là-dessous quelque malentendu.

La vérité de cette proposition est évidente et absolue dans certains cas : c'est lorsque la même personne est chargée de la rédaction totale.

A l'ancien Conseil des parties, dont la Cour de cassation suit encore le règlement et les traditions, les arrêts étaient rédigés par les rapporteurs ; et que contenaient les arrêts qui, on le sait, n'étaient pas motivés?

Avant le dispositif, on trouvait le *vu de l'arrêt*, que le règlement de 1738 définit ainsi :

« Le *vu de l'arrêt* contiendra les noms et les qualités prises » par les parties dans les actes et exploits introductifs de l'in- » stance, les demandes et conclusions portées par leurs requê- » tes, avec un extrait sommaire des pièces y jointes ; et ne » pourront les sieurs rapporteurs recevoir lesdites qualités et » vus d'arrêts des mains des parties ou de leurs avocats, mais

» seront tenus de les faire faire par leurs clercs, et de les re-
» voir exactement. — Le dispositif de l'arrêt sera écrit en
» entier de la main du sieur rapporteur, et l'arrêt sera signé
» par M. le chancelier et par ledit sieur rapporteur. »

On le voit, l'arrêt sortant des mains du rapporteur était complet : il rédigeait les qualités aussi bien que le dispositif. C'est ce que font encore aujourd'hui, avec le plus grand soin, les conseillers à la Cour de cassation, sans même avoir de clercs ou de compagnons[1] pour les aider.

Les Parlements et Cours souveraines[2] en agissaient de même, sauf quelques exceptions. On peut voir, dans les registres du Parlement de Paris, de quel compendieux préambule est précédé chaque dispositif : les noms et qualités des parties, leurs demandes et conclusions, souvent avec motifs et développements, quelquefois même une analyse des conclusions du ministère public, voilà ce que l'on trouve consigné comme œuvre des rapporteurs sur les registres ou minutes des arrêts. C'est au point que la rédaction de ces monuments de jurisprudence équivaut presque à l'énonciation des motifs.

Il est évident qu'en présence de tels exemples, on peut affirmer que les qualités font partie essentielle de l'arrêt.

Mais est-ce là que les législateurs modernes ont puisé les règles de notre procédure nouvelle? n'est-ce pas plutôt dans les règlements du Châtelet, que connaissait si bien le principal auteur du Code de 1806? On pourrait l'affirmer *à priori*, au seul nom de M. Pigeau.

Or, le système du Châtelet[3] était tout autre que celui du grand Conseil.

C'était la séparation de la sentence en deux parties distinctes : l'une, œuvre des parties, les qualités ; l'autre, œuvre du juge, le dispositif.

« Avant que de lever l'arrest, jugement ou sentence contra-
» dictoire d'audience, il faut signifier les qualités des parties en
» la forme ci-dessus, page 152, et prendre garde exactement

[1] Ordonnances de juin 1510 et octobre 1535.

[2] Leur procédure, ainsi que celle du grand conseil, était tracée par le titre 11 de l'ordonnance de 1667.

[3] Quant aux jugements *d'audience*, ceux sur appointement étaient soumis à des règles analogues à celles suivies dans les Cours souveraines. (Voir Rodier, sur l'ordonnance de 1667. — Pigeau, *Procédure civile du Châtelet*.)

» qu'il n'y soit obmis aucunes demandes ni requestes, afin que » la prononciation qui est relative aux qualités soit régulière. » (*Stile universel*, Paris, 1693, p. 410.)

« Pour dresser les qualités d'une sentence d'audience, sera » taxé cinq sols pour la minute, et moitié pour la copie qui » sera signifiée, lequel droit sera donné à celui qui lèvera la » sentence ; et si plusieurs lèvent la sentence, les qualités ne » seront taxées qu'à celui qui les aura le premier fait signifier ; » et où elles seront signifiées le même jour, elles seront passées » à celui qui aura obtenu ses fins ; le tout à la charge que s'il » survient quelque contestation sur lesdites qualités, il ne sera » rien taxé aux procureurs, soit pour journée ou autrement » pour les faire régler. » (Tarif des procureurs au Châtelet, du 6 mai 1690, art. 16.)

C'est bien cet état de choses que l'on voulut maintenir provisoirement en 1790-91 lorsque l'Assemblée constituante se bornant à émettre le vœu d'une réforme de la procédure civile[1] maintint en attendant les formes tracées par l'ordonnance de 1667 et les règlements postérieurs[2].

Cependant un mot de la loi du 16-24 août 1790 pourrait être interprété dans un sens qui, à notre avis, identifierait trop les qualités et le dispositif des jugements. L'article 15 du titre 5 est ainsi conçu :

» La *rédaction* des jugements, tant sur l'appel qu'en première » instance, contiendra quatre parties distinctes :

» Dans la première, les noms et les qualités des parties se- » ront énoncés.

» Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui con- » stituent le procès seront posées avec précision.

» Dans la troisième, le résultat des faits, reconnus ou con- » statés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le » jugement, seront exprimés.

» La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement. »

Ce mot, *rédaction des jugements* doit-il s'entendre du jugement lui-même, de la minute, de ce qui est porté sur les registres du tribunal? Les quatre parties d'un jugement qu'exige la loi sont-elles indivisibles? n'y a-t-il pas de jugement sans que tout

[1] Art. 20, tit. 2, de la loi du 26-24 août 1790.
[2] Décret du 6 mars 1791.

cela soit *rédigé?* Nous croyons que le dire ainsi, ce serait abuser d'une expression qui est à sa place, et qui ne peut avoir une portée aussi grande.

Le mot *rédaction* est à sa place, dans une disposition générale, qui doit s'appliquer non seulement aux jugements des tribunaux de district, mais à tous les jugements quels qu'ils soient, à ceux des juges de paix, des tribunaux de commerce, là où il n'existe pas d'avoués, d'officiers ministériels ayant charge de rédiger pour les parties l'exposé de leurs prétentions. Dans ces juridictions sommaires, il faut bien que tout soit rédigé par la même personne, par le juge, ou par le greffier sous le contrôle du juge. L'expression générale, *rédaction des jugements*, a donc été choisie à bon droit, pour s'appliquer à tous les cas possibles. Mais cela ne veut pas dire que, devant les tribunaux où, par les règlements en vigueur et que l'on conserve, certaines parties de la rédaction sont confiées aux avoués, il n'y aura pas toujours deux rédactions distinctes, celle du juge et celle de l'avoué. Loin de dire le contraire, la loi prononce elle-même que les quatre parties d'un jugement sont des parties *distinctes :* elle aurait pu ajouter, ce qui était bien entendu comme renvoi à l'usage toujours existant, que les deux premières parties seraient l'œuvre de l'avoué, les deux autres celles du juge.

Toute équivoque fut levée, au surplus, lors de la promulgation du Code de procédure civile.

Ce Code (art. 142) avait emprunté à la loi de 1790 la locution dont nous venons de parler : *la rédaction des jugements* sera faite sur les qualités signifiées entre les parties. De là certains greffiers avaient conclu que, jusqu'à la signification et à la remise des qualités entre leurs mains, ils étaient dispensés de rédiger le dispositif et de le porter sur la feuille d'audience. Une circulaire du grand juge, ministre de la justice, donna les explications suivantes :

« Il ne faut que lire l'article 138 pour se convaincre qu'il n'y » a plus aujourd'hui d'autre minute que la feuille d'audience, » que tous les jugements doivent y être portés tels qu'ils sont » rendus, et qu'ils doivent être signés chaque jour par le prési- » dent et par le greffier. C'est également ce que porte le décret » réglementaire du 30 mars 1808, article 36; d'où il suit que » la feuille d'audience doit contenir, non de simples notes,

» mais bien le dispositif de chaque jugement, avec les motifs » qui lui servent de base.

» Vainement les greffiers allèguent que la rédaction des ju- » gements ne devant être faite que sur la signification des » qualités, aux termes de l'article 142, de simples notes sur la » feuille d'audience leur suffisent pour cette rédaction.

» C'est évidemment confondre les dispositions essentielle- » ment différentes dans leur contexture et dans leurs effets.

» L'article 138 a évidemment pour but de fixer le sort des » jugements, et d'en assurer les dispositions de manière à ren- » dre toute altération impossible.

» L'article 142 n'a d'autre objet que de déterminer la forme » dans laquelle les jugements doivent être rédigés pour être » délivrés aux parties, et ce que cette rédaction doit contenir.

» Le premier concerne les *minutes*, qui doivent être trans- » crites chaque jour sur la feuille et signées par le président » et le greffier.

» L'autre est relatif aux *expéditions*, qui ne doivent être faites » que quand les parties les demandent, et d'après les qualités » signifiées, ce qui ne se ressemble en aucune manière [1]... »

Tenons donc pour certain que lorsque les articles 141 et 142 parlent de la *rédaction* des jugements, laquelle doit contenir ce qui appartient aux qualités, il s'agit de la rédaction de *l'expédition* à délivrer aux parties; expédition pour laquelle on copie, à la suite l'une de l'autre, deux actes distincts :

Le premier, les qualités, œuvre de l'avoué, susceptible de modification, d'opposition, selon une procédure sommaire dont nous parlerons tout à l'heure;

Le second, la minute, ou le jugement proprement dit, l'œuvre du juge, ce qui est porté sur la feuille d'audience aussitôt le prononcé, signé dans les vingt-quatre heures par le président et le greffier (art. 138 du Code de procédure; décret du 30 mars 1808); ce qui ne peut plus être changé ni modifié; ce qui est acquis définitivement aux parties comme solution de leurs contestations, comme chose jugée, comme vérité judiciaire et inattaquable.

Il y a plus : ces deux actes, qui n'ont ni le même auteur ni le même caractère, ne sont pas non plus de même date. Les

[1] Circulaire du 26 septembre 1808; S., 1808, 2, 298.

qualités ne sont redigées qu'après le jugement rendu, souvent même longtemps après. Comment les erreurs, les omissions, les inexactitu des commises après coup par l'avoué pourraient-elles rétroactivement frapper de nullité l'œuvre du juge?

Je sais qu'on a critiqué ce mode d'agir; mais fût-il aussi déraisonnable que l'ont prétendu quelques auteurs, il existe, il est dans la loi, comme pour faire sentir avec plus d'évidence la distinction essentielle entre ces deux parties du jugement qui ne se trouvent réunies que sur l'expédition, dans l'ordre inverse de leur rédaction.

Nous ne voulons pourtant pas laisser passer sans protestation ce reproche qui a été adressé au législateur à propos de l'article 142. Ne vaudrait-il pas mieux, a-t-on dit, rédiger les *qualités* avant les plaidoiries, ainsi que cela se pratique à Genève, fixer ainsi à l'avance les points de fait et de droit, éclaircir et simplifier la cause lorsqu'il en est encore temps, au lieu d'attendre pour cela qu'il soit intervenu une solution définitive?

Cette objection nous paraît supposer une méconnaissance complète de ce que doivent contenir les qualités.

Les qualités ne sont point un acte destiné à poser pour la première fois les points de fait et de droit : elles les prennent où ils sont, sans pouvoir y rien changer : elles les prennent dans l'exploit introductif d'instance, dans les conclusions signifiées de part et d'autre : c'est là que le règlement de 1738 prescrivait aux rapporteurs de puiser les éléments des qualités qu'ils rédigeaient; c'est là que se trouvent toutes les énonciations que doivent contenir les qualités, dont la rédaction n'est guère qu'une besogne matérielle, un extrait du dossier à joindre comme préambule au jugement, pour le rendre intelligible. Les qualités, signifiées à l'avance comme à Genève, n'auront donc pas l'avantage que l'on suppose, de fixer les points de fait et de droit, d'éclaircir et de simplifier la cause : tout cela est fait par les conclusions respectivement prises et signifiées; le rédacteur des qualités n'a qu'à les copier; car ce qu'on lui demande, ce n'est pas la solution des questions de fait et de droit, c'est leur position d'après les prétentions opposées des parties. Il importe donc peu, à notre avis, que la rédaction des qualités soit antérieure ou postérieure au jugement : chacun de ces systèmes a ses avantages. Celui de notre Code peut occasionner des embarras, si les qualités sont signifiées trop long-

temps après le jugement; mais il a l'avantage de n'occasionner les frais que lorqu'ils sont utiles, lorsqu'on veut lever l'expédition du jugement, et en outre de ne pas retarder le jugement de la cause par une signification de plus et par le débat qu'elle peut soulever. On peut choisir.

Mais quelque parti que l'on prenne, restent deux questions fort graves :

1° Les erreurs, omissions, inexactitudes dans la rédaction des qualités, peuvent-elles frapper de nullité le jugement?

2° Les vices de l'ordonnance qui aurait statué sur l'opposition aux qualités, peuvent-ils entraîner la cassation du jugement ou de l'arrêt auquel ces qualités se rapportent?

I. La première question est *controversée*, disent les recueils d'arrêts; et ces recueils contiennent, en effet, un grand nombre d'arrêts qui ont, les uns prononcé, les autres refusé de prononnoncer la nullité de certaines décisions judiciaires qu'on prétendait manquer de quelques-unes des parties exigées par l'article 141 du Code de procédure.

Il faut d'abord écarter de la discussion :

1° Tous les arrêts rendus sous l'empire de la loi du 16-24 août 1790 et du décret du 4 germinal an II. Ce décret, interprétant ou modifiant l'article 3 de la loi du 27 novembre 1790, sur l'institution de la Cour de cassation, avait décidé qu'il y avait lieu à cassation pour violation des formes ordonnées depuis 1789, quoique ces formes ne fussent pas prescrites à peine de nullité. Par application de ce principe, et comme, à cette époque, ainsi que l'atteste Carré sur l'article 142, n° cm, on n'était pas bien fixé sur le point de savoir à qui appartenait la rédaction des jugements, on prononça un grand nombre de cassations pour cause d'absence dans les jugements de certaines des parties exigées par la loi de 1790. Ces cassations furent surtout prononcées lorsque, par la suppression des avoués et de la procédure (décret du 24 octobre 1793), la rédaction des jugements fut abandonnée, sans règles certaines, soit aux juges, produit de l'élection populaire, soit aux greffiers.

2° Tous les arrêts portant cassation de jugements émanés de juridictions où il n'existe pas d'avoués, et où, par conséquent, la rédaction des qualités et des jugements est confiée à la même personne, juge ou greffier; ce qui s'applique aux tribunaux de commerce et aux juges de paix.

3° Tous ceux rendus en matière d'enregistrement, ou sur des questions domaniales, c'est-à-dire en des matières où le ministère des avoués est interdit[1].

Évidemment il n'a pu être question, dans tous ces cas, de la distinction à établir entre les qualités et le jugement, puisque, précisément, les qualités et le jugement se confondent dans une même rédaction, dans un même contexte, sont portés également et simultanément sur la minute, sur la feuille d'audience, par le même fonctionnaire.

Restent donc seulement, comme autorités à consulter, les arrêts rendus depuis le Code de procédure et depuis la loi du 20 avril 1810, en matière civile ordinaire.

Or nous en voyons un grand nombre qui ont annulé des jugements pour défaut de motifs, pour défaut de publicité constatée, pour assistance au jugement de magistrats qui n'avaient pas été présents à toutes les audiences de la cause, c'est-à-dire pour des fautes commises par les juges, pour des irrégularités que la loi de 1810 a formellement punies de la peine de nullité. — Nous en trouvons très-peu se rapportant aux erreurs ou omissions commises dans les qualités : deux de la Cour de cassation, deux ou trois de Cours d'appel.

Les arrêts de la Cour de cassation sont remarquables. A deux ans d'intervalle, ils ont jugé en sens opposé.

Le premier, de la Chambre des requêtes (du 8 août 1808. — S., 8, 1, 505), a jugé, conformément aux conclusions de M. Merlin, que la peine de nullité n'était pas attachée à la violation des formalités ordonnées par les articles 141 et 470 du Code de procédure.

Le second, du 11 juin 1811 (S., 11, 1, 268), a considéré ces formalités comme essentielles, comme donnant seules aux décisions le caractère de jugement : il a cassé un arrêt qui ne contenait dans sa rédaction *ni les points de fait et de droit, ni les noms des juges, ni aucun motif*.

M. Sirey essaya de concilier ces deux arrêts en faisant remarquer que le premier était antérieur, et le second postérieur à la loi de 1810, qui seule avait édicté la peine de nullité que le Code de procédure ne prononçait pas. Mais nous ne pouvons

[1] 1er mars 1831; S., 31, 1, 182; 19 avril 1831 et 19 mars 1833, S., 33, 1, 288.

admettre cette explication : l'arrêt de 1811 ne vise pas la loi de 1810 ; il ne le pouvait pas, car l'arrêt qu'il annulait était de 1808. Il y avait donc opposition entre les deux Chambres de la Cour, jugeant toutes deux sous l'empire de l'article 141, l'une prononçant, l'autre refusant la peine de nullité.

Une autre observation à faire sur ces deux arrêts, c'est que ni l'un ni l'autre ne faisait de distinction entre l'œuvre de l'avoué et l'œuvre du juge : dans chaque affaire, en effet, les griefs s'attaquaient à toutes les parties de la décision dénoncée : on lui reprochait en même temps de manquer de motifs (œuvre du juge), de ne contenir ni points de fait et de droit ni conclusions des parties (œuvre de l'avoué). Or, si nous concédons que la doctrine de Merlin était trop large en refusant la sanction de la nullité à une violation aussi essentielle des règles qui définissent les parties constitutives des jugements, il nous semble, d'une autre part, que l'arrêt de 1811, tout en jugeant bien dans l'espèce particulière qui lui était soumise, allait bien loin en attachant la peine de nullité, sans distinction, à toutes les énonciations de l'article 141.

La distinction, au surplus, fut bientôt posée par la loi de 1810, qui déclara quelles causes pourraient faire prononcer la nullité des jugements et arrêts ; ce sont, nous l'avons dit :

Le défaut de motifs ;

Le défaut de publicité ;

Le défaut de nombre de juges exigé par la loi ;

Le défaut de présence des juges à toutes les audiences d'une cause.

Et la loi ajoute que les arrêts *ne pourront être cassés*, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, que pour une contravention expresse à la loi.

Or ces formes prescrites à peine de nullité, les seules qui entraînent cette conséquence, sont toutes à la charge du juge, non de l'avoué : toutes se rattachent au dispositif et non aux qualités. Aussi, depuis la loi de 1810, ne connaissons-nous pas un seul arrêt de la Cour de cassation qui ait annulé un arrêt ou un jugement pour d'autres causes que celles que nous venons de rappeler, pour des causes étrangères au jugement en lui-même, pour des erreurs ou des inexactitudes dans les qualités.

C'est qu'en effet, pour faire réparer ces erreurs, ces inexactitudes, la loi a ouvert aux parties une procédure particulière,

l'opposition aux qualités, et que la partie qui n'a pas usé de cette voie facile, sommaire, ne doit pas être admise à se prévaloir de sa négligence pour recourir au remède extraordinaire de la cassation, pour demander la nullité d'un jugement conforme à tout ce qu'exige la loi, sous le prétexte de l'irrégularité d'un acte de procédure distinct, réformable par une autre voie.

C'est ce qu'explique fort bien un arrêt de la Cour de Lyon, du 22 juillet 1829 (S., 29, 2, 305).

« Attendu que d'après l'article 141 du Code procédure la ré-
» daction de tout jugement doit contenir la désignation indi-
» viduelle des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire
» des points de fait et de droit, ainsi que les motifs et le dispo-
» sitif du jugement; — Attendu, néanmoins, qu'il est néces-
» saire de distinguer la rédaction qui émane du Tribunal lui-
» même de la portion de rédaction qui est l'ouvrage des avoués
» des parties en cause; — Attendu que la rédaction des motifs
» et du dispositif du jugement est la seule qui appartienne au
» Tribunal, et que tout le reste doit être rédigé par l'avoué en
» cause, ainsi que le porte l'article 142 du Code de procédure;
» — Attendu que la rédaction du Tribunal, telle qu'elle est
» consignée sur la feuille d'audience, doit contenir le dispositif
» du jugement avec ses motifs, et que, sans cette mention tou
» entière, le jugement n'existerait pas, ou serait susceptible
» d'être annulé, en conformité de l'article 7 de la loi du 20 avril
» 1810; — Attendu que c'est sans déterminer aucun délai que
» l'article 142 confie aux avoués des parties le soin de rédiger,
» postérieurement à la prononciation du jugement, et par
» un acte bien distinct de la feuille d'audience, les conclu-
» sions de leurs parties, ainsi que les points de fait et de droit;
» mais que cet article, ni aucune disposition de la loi, n'impo-
» sent point la peine de nullité, à raison des omissions qui se
» rencontreraient dans cette rédaction secondaire; — Attendu
» qu'en pareil cas la peine de nullité, qui n'est pas dans le texte
» de la loi, n'aurait aucune espèce de motif, et qu'il répugne à
» la raison de subordonner à une formalité ultérieure, qui se
» remplit par le ministère des avoués en cause, le sort d'un ju-
» gement qui est valable en lui-même, et qui, à l'époque de sa
» prononciation, renfermait toutes les conditions que la loi im-
» posait au juge; — Attendu que, si la rédaction que l'avoué

» fait signifier au procès n'a pas toutes les mentions prescrites » par l'article 142 du Code de procédure, l'avoué adverse a le » droit d'y former opposition, et d'en requérir la rectification » en vertu des articles 144 et 145 ; mais que s'il néglige d'user » de ce droit, ce n'est pas une raison pour annuler, soit le juge- » ment en lui-même, soit l'expédition de ce jugement ;

» Attendu qu'on ne saurait plus aujourd'hui admettre les » principes en vigueur avant le Code de procédure civile, parce » que, d'une part, ce Code a introduit sur cette matière des » formes nouvelles, et parce que, d'autre part, la loi du 4 ger- » minal an II avait attaché la peine de nullité à l'inobservation » de tout ce que l'article 15 du titre V de la loi du 24 août 1790 » exigeait pour la rédaction que le juge faisait lui-même de son » jugement ; — Attendu, enfin, que l'article 7 de la loi du 20 » avril 1810, en spécifiant les moyens de nullité contre les ar- » rêts des Cours, n'y a point compris le défaut de mention des » conclusions, et qu'il y a évidemment parité de raison à l'é- » gard des jugements du premier degré de juridiction... »

Il nous semble que cet arrêt répond victorieusement, et à un arrêt de la Cour de Toulouse, du 24 janvier 1825 (S., 25, 2, 414), qui en annulant un jugement pour défaut de mention des conclusions, n'avait pas aperçu la distinction si décisive entre les qualités et le jugement lui-même, et même à un arrêt postérieur de la Cour de Nîmes, du 26 janvier 1852 (S., 52, 2, 36), qui énonce dans un de ses motifs : « que les vices dont les qua- » lités d'un jugement sont atteintes n'ont pas seulement pour » effet d'annuler ces qualités, mais qu'ils entraînent la nullité » du jugement tout entier. »

Cette dernière proposition est une erreur, nous croyons l'avoir démontré ; et si la question, qui, malgré tant d'arrêts rendus, est encore neuve pour la Cour de cassation, venait à s'y présenter, nous sommes convaincu qu'il sortirait de la question une confirmation de la doctrine de la Cour de Lyon. Ce serait rentrer dans l'opinion émise par Merlin (*Répertoire de jurisprudence*, v° *Jugement*, § 2, n° 1er) et par Toullier (t. X, n° 135, à la note) : ces savants jurisconsultes s'appuient en effet, comme nous, sur la loi du 20 avril 1810 pour restreindre les causes de nullité des jugements à celles énumérées par cette loi ; et nous avons vu que toutes se rapportent au *jugement* lui-même, aux formes que le juge doit accomplir ou constater, et non aux

énonciations que les avoués doivent consigner ultérieurement dans les *qualités*.

Pourtant, dira-t-on, ne peut-il exister dans les qualités des énormités telles qu'elles devraient influer sur le jugement lui-même?

Nous ne le nierons pas. Si, par exemple, les qualités d'un jugement n'énonçaient pas les noms des parties, que pourrait-on faire d'un pareil jugement? à qui le signifier? à la requête de qui? Il serait complétement inefficace; on ne saurait à qui l'appliquer, mais il ne serait pas nul; et nous ne voyons pas ce qu'on pourrait opposer à l'auteur de ces qualités erronées qui, s'en désistant et les regardant comme non avenues, en signifierait de nouvelles pour obtenir une expédition régulière.

Que si, au lieu d'une omission totale, qui ne se comprend guère, les qualités étaient viciées d'erreur par l'oubli du nom de quelques parties, le jugement ne serait pas nul : les parties dénommées ne peuvent se plaindre, dit un arrêt de Cassation du 23 août 1831 (S., 32, 1, 316), les parties non dénommées sont sans intérêt à le faire, car le jugement ne pourra leur être opposé : telle est la seule peine de l'omission.

M. Chauveau (quest. 597 *ter*) se pose quelques hypothèses analognes. — Si les qualités signifiées se rapportaient à un autre jugement que celui expédié; si malgré les prescriptions de la loi, un jugement était expédié sans que les qualités eussent été signifiées, ou sans qu'il eût été statué sur l'opposition formée à ces qualités; — Dans tous ces cas, dit l'auteur, d'accord avec la doctrine et la jurisprudence, le jugement ne serait pas nul; on pourrait toujours le faire expédier ultérieurement sur de nouvelles qualités signifiées; ce qu'il y aurait de nul, d'inefficace, ce serait l'expédition levée dans ces conditions d'irrégularité, la signification qui en aurait été faite, mais voilà tout.

Pour toutes autres irrégularités ou omissions qui existeraient dans les qualités, qui ne les vicieraient pas dans leur essence, nous maintenons *a fortiori*, qu'elles ne peuvent entraîner la nullité du jugement; la loi a ouvert une autre voie de rectification, c'est l'opposition aux qualités, autorisée par l'art. 144, et organisée par l'art. 145 du Code de procédure.

Ceci nous conduit à notre seconde question : quelle influence aurait sur le jugement l'incompétence du magistrat qui aurait réglé les parties sur l'opposition aux qualités?

II. Ce que nous avons dit jusqu'ici nous laisse peu de chose à faire pour développer notre opinion.

S'il est vrai, comme nous venons de l'établir, que l'absence totale de qualités, que l'absence de règlement après opposition, ne vicient pas le jugement, mais seulement l'expédition, et permettent de recommencer en faisant mieux, ne faut-il pas reconnaître que le règlement par un magistrat incompétent ne doit pas avoir de résultat plus fâcheux?

Des qualités sont mal réglées : le cas est-il plus grave que si elles ne l'étaient pas du tout, que s'il n'y avait pas de qualités signifiées? Dans tous ces cas, qu'y a-t-il de vicié, que doit-on annuler? Les qualités, si la nullité est en elles, l'ordonnance de règlement, si c'est cette ordonnance qui est entachée d'un vice quelconque, incompétence ou excès de pouvoir.

Faut-il répondre directement aux deux motifs que nous lisons dans les arrêts qui ont annulé des jugements et arrêts pour vice de l'ordonnance de règlement des qualités? Nous ne le pensons pas, après toutes les explications qui précèdent.

Les qualités font partie essentielle des jugements et arrêts. — Oui, de l'expédition; non de la minute, non du jugement lui-même. Nous voyons au contraire trois actes distincts, à des dates différentes :

1° Le jugement, l'œuvre du juge, la minute, ce qui est porté sur la feuille d'audience, ce qui est soumis, sous peine de nullité, à de certaines conditions par la loi du 20 avril 1810; conditions dont l'inobservation seule peut faire annuler la décision judiciaire;

2° Les qualités, acte de procédure dressé ultérieurement par l'avoué poursuivant, acte qui doit contenir certaines énonciations, non prescrites à peine de nullité, parce qu'il existe une voie légale, l'opposition, pour faire corriger ou rétablir ce qui serait inexact, erroné ou omis; acte de procédure qui, s'il manquait de ses conditions essentielles d'existence, pourrait être déclaré nul, et recommencé, sans devoir jamais faire prononcer rétroactivement la nullité du jugement rendu conformément à la loi de 1810;

3° L'ordonnance du président qui, sur l'opposition du défendeur, règle les qualités, et rectifie ou maintient les énonciations contestées; ordonnance qui peut aussi être viciée dans son essence ou dans sa forme, mais dont la nullité ne peut non

plus atteindre l'œuvre antérieure du tribunal tout entier, alors qu'elle émane d'un seul juge chargé par la loi d'une mission spéciale et personnelle.

La loi déclare nuls les jugements et arrêts rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. — C'est vrai ; mais l'ordonnance qui, après le jugement rendu, statue sur l'opposition aux qualités, n'est pas l'une des audiences de la cause ; la dernière des audiences de la cause est celle où le jugement est prononcé. La petite procédure qui s'édifie, souvent fort longtemps après, sur l'opposition aux qualités signifiées, est tout autre chose. Si cette ordonnance est nulle, on en prononcera la nullité, mais de l'ordonnance seule, et non pas du jugement antérieur si ce jugement a satisfait à toutes les prescriptions de la loi de 1810.

Nous pensons donc que la Cour de cassation, devant laquelle on argue de la nullité du règlement des qualités, pour avoir été fait par un autre magistrat que celui désigné par l'article 145, devrait se borner à annuler, pour incompétence et excès de pouvoir, l'acte du magistrat incompétent, c'est-à-dire l'ordonnance qui a statué sur l'opposition ; remettant, comme il est de règle en matière de cassation, les parties au même état qu'avant l'acte annulé, c'est-à-dire leur permettant de porter l'opposition devant le juge compétent, de faire régler les qualités comme le veut la loi ; de sauvegarder ainsi tous les droits légitimes en assurant aux plaideurs une voie assurée pour faire constater toutes les énonciations si importantes que doivent contenir les qualités des jugements et arrêts ;

Comme, au cas d'omission grave et essentielle qui entacherait profondément les qualités et permettrait de dire qu'elles n'existent pas légalement, il suffirait d'annuler cet acte informe qui pourrait alors être utilement recommencé, mais sans jamais faire rejaillir ces vices de procédure, imputables aux avoués et réparables en définitive, sur l'œuvre immuable et inattaquable des juges.

III. Jusqu'à présent nous n'avons fait appel qu'à la jurisprudence. Si cependant le retour que nous sollicitons n'avait pas lieu ; si la Cour de cassation, qui, comme nous l'avons dit, ne peut, en cette matière, faire appel à l'autorité suprême des Chambres réunies, se croyait obligée de persister dans une doctrine fondée aujourd'hui sur de trop nombreux arrêts, se-

rait-ce attribuer trop d'importance à la question que de la recommander à l'attention du législateur? Depuis longtemps on a signalé le besoin d'une large réforme dans notre Code de procédure civile : des parties détachées de cette réforme ont produit les lois récentes sur la saisie immobilière, sur les ventes judiciaires, sur les ordres, etc. Lorsqu'on s'occupera des dispositions du Code relatives à la procédure ordinaire et à la forme des jugements, il suffirait, pour parer aux graves inconvénients que nous avons signalés, d'ajouter à l'article 145 une disposition qui, commençant par sanctionner la jurisprudence, déclarerait que l'ordonnance du président sur le règlement des qualités ne peut être attaquée ni par opposition, ni par appel, et ajouterait que si elle était entachée d'incompétence ou d'excès de pouvoir, les effets de l'annulation se borneraient à l'acte annulé, et n'aurait aucune influence sur le jugement ou arrêt antérieur. Ce serait rendre un grand service, et aux parties, qui ne verraient pas remettre en question des décisions irréprochables qui leur sont acquises, et aux magistrats, qui ne seraient pas condamnés à annuler, pour une irrégularité de procédure commise à l'occasion d'un acte d'avoué, l'œuvre laborieuse et inattaquable du juge, œuvre complète et parfaite avant l'erreur ou l'oubli postérieurement commis. SÉVIN.

PHILOSOPHIE DU DROIT CRIMINEL.

Par M. J. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon.

§ 1.

De la complicité.

SOMMAIRE.

1. Définition de la complicité; — ses espèces.
2. Complicité négative, complicité positive.
3. Différentes manières de concevoir la complicité négative, fournies par l'histoire.
4. Complicité positive; ses espèces.
5. Trois principaux degrés de complicité.
6. De la complicité morale; — ses espèces.

7. Du recélé.
8. Des degrés différents de culpabilité dans les complices de même ordre.
9. Les peines, les amendes par conséquent, sont personnelles. Solidarité pour la réparation civile.
10. Opinion des docteurs sur la complicité. Confusion de la morale et du droit. — Autre exagération.
11. Confusion analogue dans le droit.
12. Trois degrés principaux du progrès des lois en cette matière, marqués par les lois athéniennes, mosaïques et romaines.
13. Les législations modernes, à dater du moyen âge, expriment un progrès plus ou moins marqué dans le degré atteint déjà par la loi romaine. Exemples divers.
14. Exception pour les crimes de haute trahison.

La complicité est en général la participation à un délit, quel que soit le degré de cette participation.

Mais il y a une foule de manières de participer à une mauvaise action, et toutes ne sont pas également répréhensibles aux yeux de la justice.

On peut prendre part à la conception du délit, à la manière ultérieure d'en préparer l'exécution, à l'exécution même, à la soustraction du corps du délit ou des coupables.

Il y a même une participation négative, qui ne peut être imputée justement qu'aux personnes ayant autorité pour empêcher le délit, ou qualité pour en dissuader ou pour en dénoncer l'intention ou l'exécution. Cette espèce de responsabilité se reconnaît particulièrement chez les peuples despotiques, où le pouvoir est plus ombrageux que fort. Elle va même jusqu'à rendre responsables de certains délits ceux qui auraient pu les prévenir s'ils en avaient connu le projet, alors même qu'ils l'ont vraisemblablement ignoré! C'est ainsi, par exemple, qu'en Chine, au Japon, des familles entières, des magistrats peuvent être condamnés pour n'avoir pas prévenu les délits de leurs enfants ou de leurs subordonnés, malgré la vraisemblance qu'ils en ont ignoré les desseins coupables. Nous en avons vu des exemples au chapitre de l'imputabilité. On s'inquiète peu des liens du sang, des faiblesses qu'ils entraînent, faiblesses si excusables en certains cas qu'elles sont presque des devoirs.

Chez d'autres peuples, la responsabilité ne va que jusqu'à la réparation civile. Cette solidarité tient encore à la supposition d'une sorte de complicité au moins négative. Chez plusieurs peuples slaves, avant le XIVe siècle, les autorités civiles et

les anciens du village étaient tenus de prévenir tout délit de vol ou de le réparer. Le vrai complice du voleur, son complice dans le sens positif, devait payer sept fois la valeur de la chose volée. Le propriétaire de la maison où s'était réfugié le voleur était traité comme complice, à moins qu'il ne livrât le voleur à la justice[1].

Un autre genre de complicité négative plus ordinaire que celle dont il vient d'être question, c'est celle qui consiste à ne pas dénoncer le coupable. Mais il y a ici deux positions fort distinctes, suivant qu'on est instruit du délit sans y avoir trempé ou pour y avoir pris part. Le silence, dans le premier cas, n'est pas louable assurément; mais il ne mérite pas la même peine que la complicité proprement dite. La révélation, dans le second cas, mérite plus d'éloge avant la perpétration du délit qu'après. Elle peut n'être, dans la seconde position, qu'une lâcheté. C'est peut-être la payer plus cher qu'elle ne vaut, que de promettre l'impunité à son auteur, comme le fait la loi russe. Les mœurs publiques ont moins à y gagner que l'ordre matériel.

Pour qu'il y ait complicité positive, il faut ou la participation morale et matérielle, ou la participation morale seule. Il n'y a pas de participation matérielle seule. La participation morale se distingue en morale proprement dite et en intellectuelle. En d'autres termes :

Quand on ne prend part qu'à l'idée ou au projet en le formant, la participation est *intellectuelle*.

Quand on conseille, qu'on exhorte, qu'on persuade; quand on paye ou qu'on promet de payer pour commettre le délit; quand on l'ordonne ou qu'on le commande, la participation est *morale*.

Quand on prend part à son exécution, elle est *physique*.

La participation physique n'est pas toujours également coupable : il faut, pour qu'il y ait culpabilité au plus haut degré dans l'espèce, que le crime n'ait pu être consommé sans cette intervention. Alors la peine doit être la même pour les coopérateurs. Si au contraire le secours donné n'est pas essentiel à la consommation du délit, la peine doit être moindre, puisque, sans ce secours, le mal aurait encore pu être le même.

[1] Maciejowski, Op, l., t. II, p. 162 et 163.

Il est clair que celui qui ne participe physiquement qu'à la préparation du délit, ne peut pas être coupable si cette préparation n'est pas punissable par elle-même, ou si elle n'est pas au nombre des actes préparatoires qu'il est nécessaire de punir.

On peut encore participer à un délit, en empêchant que ceux qui le commettent soient troublés dans leur opération, ou en les prévenant s'ils sont exposés à être surpris. Cette participation, si elle n'a aucun but violent, par exemple, de contenir certaines personnes qui pourraient aller au secours, si elle ne consiste qu'à faire le guet dans la rue, à l'entrée d'une maison, ne nous semble coupable tout au plus qu'au second chef.

Il y a plus de difficulté à décider pour le cas où la participation physique est postérieure au délit. Il faut alors distinguer, suivant que la soustraction du corps de délit ou celle des coupables devait être ou n'être pas jugée nécessaire pour échapper aux recherches de la justice, et que cette soustraction ne pouvait avoir lieu sans l'intervention de ceux qui l'ont opérée ou favorisée. Si ces auxiliaires ont connu le projet des malfaiteurs, s'ils leur ont librement promis leur assistance, ils sont coupables au second chef. S'ils n'ont rien su d'abord, ils ne sont coupables qu'au troisième. Si, tout en ayant connu le projet, ils sont intervenus sans qu'il y ait nécessité pour les auteurs du délit, ils ne sont encore coupables qu'au troisième chef, à moins que cette intervention ne soit habituelle, et n'encourage ainsi, en les favorisant, des entreprises criminelles. Malgré ces habitudes, dans le recélé des hommes ou des choses, s'il est fait par une sorte d'égard plutôt que par complicité de la part des proches, de ceux-là surtout chez lesquels il doit y avoir plus de respect que d'autorité, par des femmes, par des enfants, il y aurait lieu de baisser la peine d'un degré encore.

Nous distinguerions donc des auteurs *principaux* ou coauteurs, des auteurs *secondaires* et des auteurs *accessoires*. Il y aurait ainsi trois degrés de complicité et de peines possibles. Plus on distinguera, plus aussi on sera d'accord avec la justice, plus on rendra difficile la connivence des coupables à cause de la différence pénale des rôles, plus on multipliera les chances d'aveu de la part des moins punis.

La participation morale par conseil, par exhortation, n'est pas coupable, si elle a lieu, par une personne sans ascendant, sans autorité, et si elle s'adresse d'ailleurs à une intelligence saine et développée. Mais si elle est exercée par une personne considérée, au nom d'une autorité respectée; si le conseil, l'exhortation s'adresse à une intelligence bornée, à un cœur aigri, passionné, dépravé, la responsabilité juridique peut être complète, et le conseiller atteint d'une peine plus forte même que celui qu'il a eu le malheur de persuader.

Celui qui promet une récompense à l'auteur d'un délit à commettre, est, en tous cas, passible au moins du second degré de la peine réservée au délit, pourvu que le mandat soit accepté et mis à exécution.

Si le mandat est retiré avant tout commencement d'exécution, et que celui qui l'a reçu n'en persiste pas moins dans l'idée de commettre un crime auquel il ne songeait pas d'abord, le mandat peut être regardé comme l'*occasion* du délit, et être puni du troisième degré de la peine, ou d'un degré inférieur, d'une peine de police.

Si le mandat est outrepassé, et que le mandant ait pu facilement prévoir cet excès, comme une conséquence probable ou très-possible du délit commandé, il peut être justement puni du second ou du troisième degré de la peine affectée à ce délit. Je dis second ou troisième, parce qu'il y a effectivement ici des degrés de culpabilité divers. Mais à moins que le délit commandé ne supposât comme moyen un délit qui n'a pas été tel, qui n'a pas servi, quoique plus grave, il nous semble difficile de décerner la peine du premier degré contre le mandant.

Lorsqu'un crime est commandé, il l'est ou par un supérieur ou par un étranger. Par un supérieur, il prend un caractère de culpabilité d'autant plus grand, que l'autorité elle-même est plus absolue, et que le commandement est plus irrésistible, par exemple, s'il est accompagné de violence. Celui qui commande ainsi peut être non-seulement puni de la peine principale, mais il peut encore l'être seul. Il est difficile qu'il ne soit pas atteint de la peine du second degré au moins. Mais, s'il est sans autorité, s'il n'emploie aucune violence, il n'est tout au plus que l'auteur accessoire ou occasionnel du délit, et, comme tel, passible du troisième degré de la peine seulement. Si, au con-

traire, il recourt à la menace, à une menace propre à faire céder un caractère d'une certaine fermeté, il est passible de la plus grande peine; il devient moralement l'auteur principal du délit; autrement il n'en est que l'auteur accessoire.

Un genre de complicité moins grave en général que celui de la participation, c'est le recélé.

Il l'est d'autant moins : 1° que le délit a été ignoré; 2° qu'il a été commis par les proches de ceux qui donnent asile aux coupables et cherchent à les soustraire à la justice; 3° qu'il est plus désintéressé; qu'il a moins de connexion avec un délit passé ou des délits possibles à l'avenir. Mais si, loin d'avoir ces caractères, le recélé entrait dans un plan de brigandage ou de vol organisé; s'il était un moyen intéressé de la part de celui qui s'y prêterait, de soustraire les criminels et les traces du crime à la recherche de la justice, de favoriser l'écoulement de ses produits ou leur consommation; s'il devenait ainsi un encouragement au forfait; s'il n'avait en sa faveur aucun sentiment de pitié, de respect ou d'honnêteté; en un mot, s'il avait tous les caractères d'une connivence coupable, il nous semblerait mériter une peine voisine de celle qui atteint le délit lui-même. Mais toutes ces circonstances aggravantes peuvent n'être point réunies, et dès lors il y aurait lieu d'abaisser encore la peine pour cette espèce de complices.

Il peut y avoir complicité réelle, et des complices peuvent être mis sur le même rang, être regardés ou comme principaux, ou comme secondaires, ou comme occasionnels, comme accessoires, sans toutefois que la culpabilité soit exactement la même pour tous les prévenus d'une même catégorie. Il faut avoir sans cesse présent à l'esprit que des hommes sont en cause, et jamais des abstractions. Or, des complices de même degré peuvent être plus ou moins coupables cependant; il n'est ni juste ni nécessaire de leur infliger une même peine. Pareillement la peine de l'un ne fait rien à la peine de l'autre. La peine est personnelle. Il ne doit donc pas y avoir solidarité pour l'amende, et les dispositions de l'article 55 du Code pénal sont contraires aux véritables principes.

Mais ce qui n'est pas personnel, c'est la réparation du dommage causé : chacun des condamnés l'a voulu tout entier; ils doivent donc être condamnés solidairement à le réparer, mais en commençant par la première catégorie. Ceux de la seconde et de la

troisième peuvent donc opposer le bénéfice de discussion [1]. Il peut donc y avoir ici des débiteurs principaux, solidairement tenus entre eux, quelles que soient les circonstances atténuantes ou aggravantes qui les distinguent d'ailleurs, et des débiteurs secondaires, également tenus solidairement à défaut des premiers, et enfin des débiteurs de troisième ou même de quatrième ordre soumis aux mêmes conditions. Tels sont, à notre avis, les véritables principes de la matière. Voici maintenant ce qu'ont pensé les criminalistes philosophes, et ce qu'ont décidé les législateurs.

Les uns et les autres ont souvent confondu le point de vue moral et le point de vue juridique; confusion que j'ai relevée tant de fois déjà, et qui a entraîné les législateurs dans des excès déplorables. Ce n'est qu'à l'égard du for intérieur qu'on peut dire avec saint Augustin que Saül, gardant les habits de saint Etienne pendant son supplice, était aussi coupable que ceux qui le lapidaient [2]. Sous le rapport juridique, il faut dire au contraire avec Barbeyrac, que saint Étienne n'en aurait pas moins été lapidé, alors même que Saül n'aurait pas consenti à ce rôle tout à fait secondaire. On ne peut donc mettre ce dernier au rang des principaux coupables.

Il faut dire la même chose de l'opinion qui veut qu'on soit coupable de vol pour ne pas révéler le voleur à celui dont la chose a été dérobée [3].

Est-il plus vrai de dire que celui qui loue une mauvaise action est pire que celui qui la commet [4]; que ne pas l'empêcher lorsqu'on le peut, c'est en assumer la responsabilité [5], c'est la commander [6]? Sous le rapport moral ces décisions peuvent se soutenir jusqu'à un certain point; mais en droit elles seraient difficiles à justifier.

Les législateurs ont aussi plus d'une fois confondu ces deux ordres d'idées pratiques. Une ancienne loi d'Athènes punissait

[1] Cf. Grotius, II, 17, § 11; Puffend., III, 1, § 5; *Code du Brésil*, article 27-32.

[2] Saint Augustin, *Serm.*, V, *De sanctis.*, ch. 4; *Serm.*, I, 3; XIV.

[3] Saint Jérôme, ou celui dont l'ouvrage est attribué à ce père: *Comment. in parabolas*, XXIX, p. 53, t. VII. Édit. Frob. 1537.

[4] Chrisost., I, *ad Rom.*, t. 3, p. 28.

[5] Cassiodor, *in Psalm.*, LXXXI, vers. 4; saint August. sur ce même verset; Cicéron, *Epistol. ad Brut.* IV.

[6] Salvien, *De gubernat. Dei*, VII, 19.

de le même peine celui qui avait conseillé le délit et celui qui l'avait exécuté [1].

Les législations présentent, en ce qui regarde la complicité, trois degrés de progrès. Les unes, comme celle d'Athènes, infligent la même peine aux complices qu'aux délinquants principaux. Les autres, comme celle de Moïse [2], abaissent la peine pour tous les auteurs du même délit; ce qui est encore les mettre sur la même ligne, mais en reconnaissant toutefois que la culpabilité peut différer, et faire profiter le plus coupable du bénéfice réservé à celui qui l'est moins. Les législations d'un troisième ordre distinguent entre les auteurs principaux et les complices, comme aussi entre les complices eux-mêmes. C'est la sagesse plus ou moins grande de ces distinctions qui fait le mérite relatif des lois pénales à cet égard.

La loi romaine et la plupart des lois modernes, surtout de celles qui ont subi l'influence du droit romain depuis la renaissance, appartiennent à cette troisième catégorie.

On retrouve dans le moyen âge d'honorables tentatives de ce genre, par exemple, au XIIe siècle, en Angleterre, sous Henri Ier. Ce prince voulut que celui qui, dans un meurtre, aurait porté le coup mortel, payât le wergeld, la composition aux parents, l'amende de *l'homme* au suzerain, et une amende (*wite*) au juge. Les complices payaient le *klolebote* [3] qui s'évaluait d'après le wergeld.

Quand on n'avait participé qu'indirectement au meurtre, par exemple, en prêtant une arme ou un cheval, on était exposé à payer tout ou partie du wergeld, faute de pouvoir prouver qu'on n'avait pas prêté la chose dans ce but. Quand on avait prêté une épée, on payait le tiers du wergeld; si une lame, la moitié; si un cheval, le tout.

Il faut remarquer à ce sujet le côté barbare de cette disposition : c'est à l'accusé de prouver son innocence; l'accusation ne se charge point d'établir la vérité de son assertion; car elle affirme non-seulement que le cheval ou les armes ont été prê-

[1] Andocid., *Orat.* I, *De mysteriis*, p. 219, *ed. Vech.*

[2] Dans un délit commis par plusieurs, on ne distingue pas encore dans la législation mosaïque, les différents degrés de participation et de culpabilité; mais tous étaient punis moins sévèrement que ne l'aurait été un seul coupable qui aurait agi avec préméditation.

[3] Terme saxon qui signifie amende à payer par celui qui avait fait partie d'une bande armée, illégalement rassemblée, *Cf.* Cangé, *Glossar.*, v^o *kloth.*

tés, mais aussi qu'ils l'ont été dans un but coupable. Cette observation s'applique également aux dispositions suivantes tirées de la même loi.

Il fallait encore se purger, par un serment, du soupçon de complicité quand le meurtre avait été commis par un autre avec des armes qu'on avait donné à réparer à l'armurier. On se justifiait aussi par serment quand quelqu'un par accident s'était tué, ou avait été tué avec des armes déposées en lieu sûr. Même principe lorsqu'on avait porté sa lance ou d'autres armes de manière qu'un autre pût se jeter dessus et se tuer[1].

La loi romaine distinguait les divers moments où la complicité avait eu lieu; si c'était avant, pendant ou après l'exécution du délit. Elle distinguait encore entre le genre d'assistance, suivant qu'elle avait eu lieu par actes ou par paroles, ou par ces deux choses à la fois, *ope et consilio*. Le simple conseil ne formait pas un acte de complicité[2].

Le mandataire et le mandant étaient réputés également coupables[3]. Pas de garanties en cette matière : *en crime point de garant*[4]. Ceux qui commandaient le crime, s'ils étaient investis d'une certaine autorité, étaient regardés comme principaux coupables, et punis plus sévèrement que leurs subordonnés trop dociles[5].

Une loi des Lombards punit de la même peine celui qui encourage une action coupable en voie d'exécution et celui qui la commet[6].

Les capitulaires de Charlemagne imputent jusqu'à un certain point, au mandant d'un délit les excès auxquels peut se porter le mandataire, même contre la défense expresse du mandant[7].

La participation à l'exécution emporte le plus souvent la même

[1] *Leges Henrici primi*, 88 : *Si quis in arma alicujus, etc.* V. Philipps. *Inglisch Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen*, t. II, p. 318, note 999.

[2] *Instit.* IV, t. I, § 11; Cf. L. 50, D. *De furtis;* L. I, § 3 *De servo corrupto;* L. *aut facta* 16, D. *De pœnis.*

[3] L. *Si quis* § 5, D. *De jurisdict. omn. judic.;* L. 8. *cod. ad leg. Jul. De vi publ.*

[4] L. 1, § 2. D. *ad leg. Aq.*; Loysel, *Instit. cout.* L. VI, tit. 1 max. 8.

[5] L. 157, D. *De reg. jur.*; L. 37, D. *ad. leg. Aq.*; L. 17, § 7, *De injur.*; L. 4, D. *De reg. jur.*; L. 8, *Cod. ad. leg. Jul. De vi publ.*, etc.

[6] L. I, tit. 9, § 25.

[7] *Cap. is qui* : Extra, *De homicid.*, in 6°.

peine pour les complices sans distinguer les temps [1]. Mais la simple présence, ou le recélé par des proches, sont ou réputés innocents, ou excusés, ou punis moins sévèrement. L'ancienne loi criminelle de France décidait à peu près la même chose [2].

Les jurisconsultes distinguaient, suivant que le complice avait eu n'avait pas été la cause prochaine du délit; s'il y avait eu ou non complot avant l'exécution collective; si le complot était incertain ou douteux; si la participation au délit avait eu lieu sciemment, librement, etc. Était regardé comme appartenant à la cause prochaine du délit, celui qui en surveillait la tranquille exécution. Le mandant et le mandataire, leur intermédiaire parfaitement renseigné sur la nature de la commission, étaient tous regardés comme auteurs principaux du délit. La ratification d'un délit commis était assimilée au mandat, sous certaines conditions seulement. Il y avait à toutes ces règles générales des exceptions assez nombreuses, et qui en tempéraient un peu la rigueur. Toutefois cette rigueur est généralement maintenue pour les cas de crime atroce, précisément ceux où elle est le plus regrettable [3].

La loi chinoise entre dans des distinctions pleines de sagesse, qui permettent de faire peser sur le complice des circonstances aggravantes personnelles à l'un ou à plusieurs des codélinquants. Elle distingue avec soin le coupable principal et le coupable accessoire. Les complices sont confrontés avec les principaux auteurs du délit, afin de mieux connaître le degré de pénalité afférent aux uns et aux autres [4].

Les lois des peuples modernes se distinguent de celles des peuples anciens sur ce sujet, par un examen plus attentif des degrés de culpabilité, et par une justice plus approfondie et plus exacte [5]. Néanmoins la loi anglaise [6], l'ancienne loi française, n'admettent que des complices principaux dans les crimes de

[1] L. 50, D., *De furtis; ib.*, L. 54; L. 11, D., *De injuriis*; L. 11, D., § 1, *ad. leg. Aq.*; L. 1 et 2, D., *De receptat.* L. 45. D., *ad leg. Aq.*

[2] *Capit. sicut dignum.* Extra, *De homicid. vol. vel cas*; *Ord. de Blois*; Coutume réformée de Bretagne; Ord. de 1670. V. Muy de Vougl., p. 7-11.

[3] Jousse, I, p. 22-35.

[4] *Cod. pén. de la Chine*, I, p. 35, 66, 69, 79.

[5] V. Blackstone, p. 28-32; J. Stéphen, *Summary*, etc., t. I, p. 13-22 et surtout p. 20.

[6] *Ib.*, p. 31-32.

haute trahison, à cause, dit-on, de l'énormité du crime; comme si le résultat matériel d'une action, sa gravité intrinsèque, était la seule mesure de la culpabilité! Le recéleur était puni en France de la même peine que le voleur; en Angleterre il l'était moins. Blackstone fait très-bien ressortir l'utilité de la distinction entre l'agent principal et l'agent accessoire d'un délit, alors même qu'en principe la loi décerne une peine identique. Il regrette, du reste, que cette distinction n'ait pas de conséquences pénales plus marquées.

La loi polonaise est toujours moins sévère pour les complices que pour les auteurs principaux [1]. La loi suédoise n'est guère moins indulgente [2]. Le Code autrichien voit un acte de complicité dans l'omission d'empêcher méchamment un délit; du reste, le complice y est en général moins rigoureusement traité que l'auteur principal [3]. Le législateur des Deux-Siciles, après avoir fait une énumération des cas de complicité, veut que la peine soit la même pour les complices en général que pour les auteurs principaux, sauf les exceptions qu'il signale. Mais il déclare que les circonstances aggravantes ou atténuantes sont personnelles [4]. Plus sage en cela que la loi française qu'il avait copiée jusque-là, le Code hollandais distingue des auteurs intellectuels et des auteurs matériels du délit. La première classe comprend ceux que nous avons appelés auteurs *moraux*. Le complice n'est puni que de la moitié de la peine réservée à l'auteur principal. Les recéleurs et autres complices, dont l'intervention n'a lieu qu'après le crime consommé, sont punis comme dans le Code français, article 62; mais si l'auteur principal est puni de mort, les complices de la catégorie dont nous parlons sont condamnés au premier degré de la reclusion, précédée de l'exposition sous la potence. Les circonstances qui modifient la culpabilité des individus sont déclarées personnelles, et par conséquent ne nuisent ou ne profitent qu'à ceux qu'elles concernent [5].

M. Livingston, dans le Code de la Louisiane, a reconnu plusieurs degrés de complicité, depuis la conception du délit jus-

[1] *Rev. étrang. et fr. de législat.*, t. I, p. 307.
[2] *Ib.*, III, p. 199.
[3] *Cod. autrichien*, prem. part., art. 190-200.
[4] Liv. I, *Des peines et des règles*, art. 74-77.
[5] *Revue étrang. et fr. de législation*, t. IX, p. 961-963.

qu'à la soustraction des coupables ou des traces du crime. Il distingue des adhérents avant le fait et des adhérents après le fait. Les premiers, quoique absents du théâtre du crime, sont punis comme les auteurs principaux. Les adhérents, après le fait, sont regardés comme accessoires et punis d'une peine moins grave que les premiers [1].

La législation du Brésil contient cette disposition qui rappelle notre ancienne jurisprudence [2], mais éludée peut-être au nouveau monde comme elle l'était dans l'ancien : « La satis-» faction complète de l'offense sera toujours préférée au paye-» ment des amendes pour lesquelles les biens des délinquants » demeurent aussi hypothéqués, comme il est dit article 27 [3]. » Cet article porte que la réparation du dommage causé par plusieurs délinquants réunis, reste à la charge d'eux tous, et solidairement, que leurs biens en répondent d'une manière spéciale, et sont frappés à cet effet d'une hypothèque légale [4].

Il résulte de toutes ces dispositions pénales, qu'il y a toujours eu de la tendance à distinguer deux classes d'agents dans les délits, les auteurs principaux et les auteurs accessoires, et à punir plus sévèrement les premiers que les seconds. Plusieurs législations modernes sont entrées franchement dans cette voie. Le Code français est un des moins avancés sur ce point. Ici, comme à beaucoup d'autres égards, sa simplicité n'est pas toujours une qualité qui n'en fasse pas regretter une autre bien supérieure. On se rappelle involontairement à ce sujet les réflexions judicieuses d'Ancillon sur la simplicité des lois [5].

[1] *Revue étrang. et fr.*, II, p. 216-217.

[2] V. Jousse, I, 117-127.

[3] *Cod. du Brésil*, art. 30.

Ib., art. 27. — V. en outre sur la complicité M. Alb. Duboys, *Hist. du droit criminel*, t. II, p. 283, 618.

[4] *De l'esprit des constitutions civiles, et de son influence sur la législation.* Berlin, 1835.

[5] On peut voir dans les excellentes *leçons de* Bottard sur le Code pénal, art. 56 à 63, p. 176-206, plus d'une critique fort juste sur cette partie de nos lois criminelles. V. aussi la *Théorie du Code pénal* par MM. Chauveau et Hélie, ainsi que le *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, par M. Achille Morin. On peut consulter sur chaque question les différentes sources auxquelles nous renvoyons une fois pour toutes. On trouvera également des renseignements curieux sur la plupart des questions dans le *Dictionnaire de la pénalité* par Saint-Edme.

§ 2.

De la responsabilité pénale.

SOMMAIRE.

1. La question se complique par la confusion du droit et de la morale.
2. L'extension excessive de la responsabilité est due à l'impuissance, à la crainte et à la vengeance.
3. Dans quel cas et dans quel sens la responsabilité peut atteindre des individus ou des communautés qui n'ont d'abord point trempé dans le crime.
4. Exemple d'une législation abusive en ce point.
5. Responsabilité doublement abusive, en ce qu'elle atteint l'innocent soumis au coupable, et soustrait celui-ci à la peine.
6. De l'intimidation ou de la *contrainte psychique* comme mobile de la plupart de ces législations injustes.

Si l'on posait ainsi la question de la responsabilité pénale : « Qui doit être puni ? » La réponse serait si simple que la question même semble pour le moins superflue. Et cependant l'histoire des législations criminelles la complique. Sans doute, c'est le coupable qui doit être puni ; mais n'y a-t-il pas une sorte de complicité morale au moins, qui étend la responsabilité sur d'autres agents que sur celui qui a perpétré le délit? Les membres de la famille, ceux-là surtout qui ont charge d'élever les autres, les membres d'une même communauté, les supérieurs en particulier, ne doivent-ils pas répondre des actions de leurs proches, de leurs coassociés, de leurs subordonnés? Le maître n'est-il pas responsable des méfaits de ses esclaves? le mari de ceux de sa femme? surtout quand elle est considérée à peu près comme une esclave[1]? Un roi, un souverain ne doit-il pas payer pour ses sujets, etc.?

Ne sachant à qui s'en prendre, souvent des peuples offensés ont puni tout un autre peuple pour les délits commis par quelques-uns de ses membres. Dans la même nation, des magistrats

[1] Dans les îles Mariannes, le mari répondait des fautes de sa femme, et le cas échéant, lui seul pouvait être jugé et puni. FREYCINET, *Voyage autour du monde*, II, p. 479. Dans d'autre pays un événement fâcheux, qui peut être le résultat d'un crime ou l'effet de la nature, est imputé comme délit, sans distinction dans la manière dont il survient, à ceux que leur position oblige particulièrement d'y parer autant que possible, par exemple, la mort, même naturelle, d'un proche.

sont quelquefois punis pour les délits qu'ils n'ont pas empêchés quoiqu'ils n'aient pu le faire, mais sans doute pour stimuler leur vigilance. Dans la même commune, tous les individus répondent solidairement de leur conduite respective, parce qu'ils sont chargés de se surveiller et de se contenir mutuellement. Dans une famille, les délits du fils sont mis à la charge du père, de l'oncle, etc.

Cette extension de la responsabilité peut avoir un fondement moral; mais elle est injuste en droit criminel, si elle ne peut être fondée sur la complicité. Elle accuse le besoin de la vengeance, la peur d'un mal futur, et peu de scrupule dans l'application de la peine. Sans doute, si un peuple, une communauté renferme un coupable, elle doit le punir ou le livrer, pour être châtié, au peuple ou à la communauté qui se plaint justement d'une offense reçue. Le peuple, la communauté, qui refuseraient cette satisfaction, encourraient une sorte de complicité et mériteraient le châtiment réservé à ceux qui participent aux délits.

Mais si le coupable n'est pas connu, que peut-on exiger autre chose qu'une réparation civile? Et s'il est connu, pourquoi ne supporte-t-il pas seul la peine que seul il a méritée?

Ce n'est pas ainsi cependant que les choses se sont passées toujours et partout. Sans parler de la confiscation des biens des condamnés, de la démolition de leurs maisons, vraies peines pécuniaires supportées par les enfants ou les héritiers, il y avait, il y a dans certains pays des peines plus directement dirigées contre des innocents.

A Sparte, la peine s'étendait quelquefois à la femme, aux enfants, à l'ami du coupable[1].

Au Japon, lorsqu'il s'agit de crimes qui intéressent la tranquillité de l'État ou la majesté du souverain, tous les parents de l'accusé sont enveloppés dans sa ruine. Le gouverneur d'une petite province ayant commis quelques exactions, ordre lui fut donné, à lui, à ses enfants, à ses frères, à ses oncles, à ses cousins, de s'ouvrir le ventre. Ces personnes étaient dispersées et éloignées de cinquante lieues les unes des autres. Toutes durent périr le même jour et à la même heure[2].

La même solidarité se retrouve en Chine entre le coupable

[1] Xénoph. *Rep. Lacéd.*

[2] Des Essarts. *Essais sur l'histoire des tribunaux*, etc., t. II, p. 20.

et ceux qui ont dû prendre soin de son éducation, sa famille et les magistrats sous l'autorité desquels il a vécu. Dans le crime de lèse-majesté, les parents mâles sont légalement atteints de la même peine que le coupable : la mort lente et douloureuse, s'ils sont très-proches parents ; aux degrés plus éloignés, ils deviennent les esclaves de l'empereur.

D'autrefois cette injuste responsabilité admet comme condition certains actes libres, il est vrai, mais qui ne sont pas des actes de participation, ou qui ne supposent qu'une participation négative. C'est ainsi que les lois de Manou décident que l'auteur de la mort d'un fœtus communique sa faute à la personne qui mange des aliments qu'il a préparés [1]; qu'une femme adultère communique la sienne à son mari lorsqu'il en tolère les désordres; un élève qui néglige ses devoirs pieux, la sienne à son directeur [2].

On trouve le pour et le contre dans les Mémoires concernant les Chinois sur la question de l'imputabilité personnelle. Il paraîtrait toutefois qu'il existe une sorte de responsabilité entre parents [3]. Mais il n'y aurait rien là de plus sévère, ni même d'aussi sévère que ce qui se pratiquait en France autrefois envers les parents des condamnés pour crime de lèse-majesté.

La confiscation et l'hérédité de l'infamie étaient aussi une manière très-commune de punir les innocents, et les Athéniens faisaient supporter aux enfants une partie du malheur ou de la faute de leurs pères pour les grands crimes envers la patrie [4].

Malgré ce qui est dit dans l'Exode [5], il n'est pas douteux que la peine était personnelle chez les juifs. Le père même n'était pas garant de son fils, « qu'on ne le fasse point mourir pour ses enfants, dit le Deutéronome, ni les enfants pour leur père, mais que chacun périsse pour son péché, et qu'on évite en punissant l'extrême rigueur [6]. »

[1] *Lois de Manou*, VIII, 317. Cf. IX, 238 et 239. — Cf. sur ce chapitre Romagnosi, *Op. cit.*, t. 1, p. 184-214.

[2] *Lois de Manou*, VIII, 317 ; t. I, p. 189, t. VII, p. 26 et 27.

[3] V. t. VII, p. 36 et 37 ; t. I, p. 189 ; t. VII, p. 26 et 27. Cette contradiction n'est pas la seule qui se rencontre dans les récits des missionnaires : des critiques en ont fait depuis longtemps la remarque.

[4] Liban. *Argum. orat. in Aristog.* ; Ulpien, *in Timoor.*

[5] XX, 5, etc.

[6] XXIV, 16 ; IV *Reg.* XIV, 6 ; II. Parall., XXV, 4 ; *Exech.*, XII, 20. Voir sur la manière dont se concilie ce passage avec celui précité de l'Exode, les *Lettres*

La loi romaine est formelle en ce qui regarde l'imputabilité personnelle des fautes [1], du moins jusqu'aux empereurs Arcade et Honorius, lesquels même revinrent à la justice peu de temps après s'en être écartés. Les temps de proscription et de guerres civiles ne comptent que pour le malheur des peuples ; ce n'est pas d'après ces époques qu'il faut juger de la législation d'un pays. On peut dire la même chose des périodes où le despotisme est capricieusement tyrannique [2].

La plupart des lois modernes, celles-là surtout qui ont été inspirées par la législation romaine, tendent visiblement à dégager l'innocent de toute solidarité; mais il faut reconnaître qu'elles sont parvenues difficilement et bien tard à ce degré de simple justice. La nécessité bien ou mal comprise, de pourvoir à la sécurité publique, celle de prévenir des attentats réputés d'une gravité extrême, a rendu longtemps le législateur plus accessible à l'utilité de l'intimidation qu'à la nécessité morale et absolue de la justice.

Waldemar II, roi de Danemark (1202-1241), essaya d'affranchir du payement de l'amende les membres innocents de la famille; mais l'ancien usage prévalut sur la volonté royale et se maintint jusqu'au XVIe siècle [3].

En Espagne, les peines ne sont pas assez personnelles pour que l'infamie légale, attachée au crime de lèse-majesté, ne se transmette pas au fils [4]. Des peines afflictives ont pu remonter des fils au père, des peines pécuniaires descendre des pères aux enfants ; mais il n'y a pas de sens à faire retomber l'infamie du père sur la tête du fils : l'autorité descend, elle ne remonte pas.

Ce qui révolte plus que tout le reste, plus que l'escla-

de quelques juifs, etc., par l'abbé Guénée. Cf. II, *Reg.*, XII, 13-15 ; XVI, 1-16 ; XXIV, 16 ; Parali. XXI, 7 ; *Reg.*, XII, 4 ; XI, 31-37 ; *Daniel*, VI, 24 ; *Exod.*, XXIII, 23 ; XXXIII, 2 ; *Deut.*, VII, 2.

[1] L. 20. D. *De pœnis* ; L. 22, *Cod. de pœnis* ; L. 1, § 1. D. *De delictis*. L. 5 ; *Cod. ad legem Juliam*. Cf. 4, 22, *Cod. de pœnis*.

[2] Suétone, *Vie de César*, § 1, et *Vie de Tibère*, § 61.

[3] J. L. A. Koldrup-Rosenvinge's *Grundriss der dænisch Rechtsgeschichte aus dem Dænisch uebersetz von Dr* C. Homeyer, Berlin, 1845, 8, § 114.

[4] *Institutiones del derecho civil de Castilla que escribieron los doctores* Asso y Manuel, *emendados por el* Dr D. Joaquim Maria Palacios, in-4°, Madrid, 1806.

vage lui-même, avec tous les abus que le mauvais génie du despotisme domestique ou civil avait rattachés à cette grande iniquité, c'est qu'un maître ait le droit de rendre son serviteur responsable de ses propres crimes devant la justice, sans que l'infortuné pût s'en défendre. Cet abominable privilége, capable, à lui seul, de déshonorer une nation, règne peut-être encore en Bohême depuis le XVIe siècle : « Le serviteur ne » pouvait jamais élever de plainte contre son maître, et celui-» ci, lorsqu'il était accusé, même justement, pouvait rejeter le » crime sur son serviteur et le livrer aux tribunaux. La décla-» ration par laquelle le domestique cherchait à établir son in-» nocence n'était point reçue ; le maître avait à cet égard le » droit d'être cru sur parole [1]. »

En Allemagne, les empereurs Charles IV et Charles-Quint voulurent que l'infamie du père pesât, dans certains cas, sur toute sa postérité. Dans le cas d'attentat à la vie d'un électeur, dit M. Hantalte [2], la Bulle d'Or et la Caroline décident qu'on épargnera la vie des enfants du criminel par suite et comme un effet de la clémence singulière de l'empereur ; mais en même temps la loi prescrit de priver ces enfants de tous les avantages civils et de les livrer à l'ignominie, afin, dit la Bulle, que, toujours pauvres et nécessiteux, ils soient partout accompagnés de l'infamie de leur père, et que la vie soit pour eux un supplice et la mort une douceur.

Toutes ces législations ne se sont écartées, avec tant de persévérance de l'équité la plus simple et la plus frappante, que par la prétendue nécessité d'intimider, même au mépris de la justice ; bon moyen d'enseigner le respect de la justice, et de rendre l'intimidation salutaire. Le principe de l'intimidation a été de nos jours encore la base d'une théorie de droit pénal, exposée avec plus de subtilité que de vérité par Heuerback sous le titre de *Contrainte psychologique*. Cette pénalité préventive est très-conséquente, dès qu'on admet comme base

[1] Maciejowski, *Op.* cit., p. 277, voici le texte : « Man gab auch dadurch gressen Schutz für dei Verübung von Verbrechen, dass der Diener niemals gegen seinen Herr Klagen dürfte, und dass Herr, venn er sich von der Schuld reinigen wollte, dann das Verbrechen, welches er selbst begangen hatte, auf den Diener überwälzte, und ihm der Gewalt der Gerichts überlieferte. Die Erklärung des Dieners, dass er unschuldig sei, wurde nicht gehört ; denn der Herr hatte in dieser Rücksicht vollen Glauben », p. 277.

[2] *Revue de droit*, etc, 1849, p. 55.

unique du droit de punir l'abstention du mal par la crainte de la peine. Il faudrait au moins admettre deux ou trois degrés de peine, suivant que le mal ne serait que présumable ou qu'il serait certain, si ce n'était déjà trop de punir une simple présomption sans vraisemblance, sans probabilité, comme on le pratique chez les naturels de la Nouvelle-Galles du Sud. A la mort d'une personne, homme ou femme, vieille ou jeune, les amis du défunt reçoivent un châtiment, comme si la mort avait été occasionnée par leur négligence [1]. Ces sauvages n'ont pourtant pas lu la théorie du fameux criminaliste badois. Faut-il en conclure que cette théorie en est d'autant plus naturelle ?

§ 8.

De la responsabilité civile.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale.
2. Caractère non pénal de la responsabilité civile.
3. Les coutumes et les lois pas toujours d'accord avec les principes.
4. Coutumes de certains sauvages — et des peuples barbares.
5. Législations du moyen âge plus positives encore à cet égard.
6. La responsabilité civile des communes dans certains cas est une affaire de nécessité et de police.
7. Il en est de même des mesures analogues entre nations.
8. Responsabilité érigée alors en solidarité.

Tous les moralistes conviennent que les fautes sont personnelles, que ceux-là seuls doivent en être punis qui les ont commises [2]. Nul, à la rigueur, n'est donc responsable de la faute d'autrui, s'il n'y a point participé positivement, ou négativement au moins. Si celui que la nature ou la loi charge de diriger et de surveiller les actions d'un autre, qui est censé manquer d'intelligence ou de moralité, est parfois responsable du mal qu'il n'a pas empêché, cette responsabilité a un caractère purement civil, elle ne porte que sur le dommage occasionné, et non sur la peine qui pourrait être méritée par l'acte dommageable.

[1] Dumont-d'Urville, *Voyage de l'Astrolabe*, t. 1, p. 422. — Une coutume analogue, mais analogue seulement, existait chez les Gaulois. Cæs. *Bell. Gall.*, VI, 19.

[2] V. Grotius, I, 21, § 12 et s.; Puffendorf, VIII, 3, § 23.

La réparation civile n'est donc pas une peine proprement dite, quoiqu'elle puisse souvent dépasser les amendes. On ne peut regarder comme peine que le surplus de ce qu'il en coûte au délinquant pour réparer le mal physique occasionné par lui ou par ceux qui agissent sous ses ordres, ou dont il répond dans une mesure déterminée par la nature des choses ou par les lois[1].

Les usages et les lois n'ont pas toujours été conformes à ces principes. Au lieu de n'envisager que les personnes réelles, on n'a vu souvent que des personnes collectives, morales, dont tous les membres ou quelques-uns d'eux pris indistinctivement ont été déclarés coupables de délits commis par d'autres, par l'un des membres quelconque de la famille ou de la communauté.

En Guinée, si un coupable ne peut payer l'amende, et qu'il ait des proches consanguins ou par alliance soumis à la même souveraineté, ils sont tenus de payer pour lui, s'ils n'aiment mieux s'expatrier ensemble et même avec leurs amis. Cet exil dure jusqu'à ce que l'amende soit payée. Mais ceux qui payent pour un autre ont recours contre lui[2].

Le système de garantie et de responsabilité mutuelle, dit Le Hûerou[3], était tellement dans les idées et les habitudes des Germains, qu'il finit par dépasser les limites déjà si vastes de la famille, pour s'étendre de proche en proche, et pour ainsi dire de cercle en cercle, de la famille à la dizaine, de la dizaine à la centaine, de celle-ci aux divisions supérieures, jusqu'à celle du comté ou du duché, qui les dominait toutes. Ces sortes de divisions, à la fois judiciaires et administratives, sont bien anciennes parmi les Germains, puisque nous les trouvons dans Tacite (German. XII), et bien universelles, puisqu'il ne fait à cet égard aucune distinction entre les tribus; mais c'est chez les Anglo-Saxons qu'elles se sont le mieux conservées et qu'on peut en suivre le tracé, pour ainsi dire, avec le moins d'embarras. Voici, relativement aux lois d'Édouard le Confesseur

[1] Bentham voit dans le défaut de vigilance que le supérieur doit exercer sur l'inférieur une raison suffisante de punir le premier pour les délits du second; à moins qu'il ne prenne pour une peine proprement dite la réparation civile. *Théorie des peines*, t. I, p. 414.

[2] Lintscot, *Ind. Orient. descriptio*, VI, part., p. 63, éd., Francf., 1601.

Le Huerou, *Histoire des institutions méroving. et carlov.*, t. II, p. 23-25.

sur les *friborgs*, des renseignements qui ne laissent rien à désirer sur ce sujet : « Il existe dans ce royaume un moyen suprême, et le plus efficace de tous, d'assurer la sécurité de chacun de la manière la plus complète ; c'est à savoir, l'obligation où chacun est de se mettre sous la sauvegarde d'une espèce de caution que les Anglais appellent une libre garantie, et que les seuls habitants du pays d'York nomment *ten men's tale*, ce qui signifie une division de dix hommes. Voici la manière dont cela se pratiquait : tous les habitants de tous les villages du royaume, sans exception, étaient classés dix par dix, de telle sorte aussi que si l'un des dix commettait un délit, les neuf autres répondaient de lui devant la justice. Que s'il disparaissait, on accordait un délai légal de trente et un jours pour le représenter. Si dans l'intervalle on le trouvait, il était traduit devant la justice du roi. Aussitôt il était condamné à réparer de son bien le dommage qu'il avait causé. Que s'il retombait dans sa faute, on faisait justice sur sa personne même. Mais si on ne pouvait le trouver dans le délai prescrit, comme il y avait dans chaque *friborg* un chef que l'on appelait *friborges heofod*, ce chef prenait avec lui deux des plus considérables de son *friborg*, puis dans les trois *friborgs* les plus proches, le chef et deux membres les plus considérables, s'il le pouvait ; puis il se justifiait, lui douzième, en son nom et au nom de son *friborg*, déclarant qu'il n'était pour rien dans le méfait, ni dans la fuite du malfaiteur. Que s'il ne pouvait le faire, il venait lui-même, à la tête de son *friborg*, réparer le dommage, et cela avec le bien du malfaiteur, tant qu'il y en avait ; et lorsqu'il n'en restait plus, il y suppléait de son propre bien et de celui de son *friborg*, jusqu'à ce que satisfaction complète eût été faite devant la loi et la justice. Que s'ils ne pouvaient accomplir les prescriptions de la loi, en ce qui concernait le nombre de jureurs à prendre dans les trois *friborgs* voisins, ils devaient au moins jurer eux-mêmes qu'ils n'étaient pas coupables, et que, s'ils parvenaient jamais à mettre la main sur le malfaiteur, ils l'amèneraient à la justice ou découvriraient à la justice le lieu de sa retraite. »

Ce principe, dit Le Hüerou, ne cessa jamais d'exister chez les Anglo-Saxons, et les Francs qui l'avaient laissé tomber en désuétude, se virent dans la nécessité de le rétablir. Le décret de 595, du roi Clotaire II, contient à cet égard de *curieux*

renseignements : « Comme il est constant que les gardes nocturnes ne réussissent pas à s'emparer des voleurs de nuit, il a été décidé qu'on établirait des *centaines*. Si quelque chose vient à être perdu dans la centaine, celui qui l'aura perdu en recevra la valeur, et le voleur sera poursuivi. Que s'il se montre dans une autre centaine, et que les habitants mis en demeure de le livrer refusent de le faire, qu'ils soient condamnés à payer cinq sous d'amende, et que le citoyen volé n'en reçoive pas moins de la centaine le prix de la chose perdue [1]. »

Nous trouvons dans Blackstone l'origine immédiate de cet usage. « La terre seigneuriale sur laquelle le meurtre avait été commis, ou, si elle était pauvre, tout le canton était condamné à une forte amende appelée *murtrum*. Cet usage, ajoute le jurisconsulte anglais, fut emprunté aux Goths de Suède et aux Danois, qui supposaient que tout le voisinage, à moins qu'il ne produisît le meurtrier, s'était rendu coupable du crime, ou du moins y avait connivé. Il fut introduit en Angleterre par le roi Canut pour protéger ses sujets danois contre les Anglais, et fut maintenu par Guillaume le Conquérant par un motif analogue. Si le mort était anglais, on déchargeait le canton de l'amende. Cette inégalité fut supprimée par le statut 14e d'Édouard III (1327-1377) [2]. »

En Russie, jusqu'au XIVe siècle, la commune était passible d'une peine pécuniaire pour un meurtre commis dans le territoire. En Bohême, chaque maison payait en pareil cas cent deniers. Cette somme était acquittée, ou par la commune seule, ou par la commune et le coupable si celui-ci était saisi dans la localité, et que sa fortune ne lui permît pas de payer intégralement l'amende. Encore fallait-il qu'il prouvât que le meurtre n'avait pas été prémédité, qu'il avait eu lieu dans une rixe ou dans l'ivresse. La commune était responsable de l'avoir laissé libre s'il n'était pas dans son bon sens, et devait supporter la peine aussi bien que lui [3].

En Pologne, en Bohême, comme en Russie encore, la com-

[1] Le Huerou, *Hist. des instit. méroving. et carlov.*, t. II, p. 23-25.

[2] Il faut voir Hallam, *l'Europe au moyen âge*, sur ses institutions de police judiciaire, t. III, p. 27-34.

[3] Maciejowski, *Slavisch. Rechtsgeschichte*, etc., Alex. Von Reutz, *Versuch uber die geschichtleche Ausbil dung der russischen Staats und Rechtsverfassung*, etc., 8°, Mittau, p. 194, fait régner cette législation du XIe au XVIe siècle.

manauté répondait de la chose volée, et devait réparer le délit, si la personne volée suivait les traces du coupable jusqu'au village, excepté le cas où les traces conduisaient à un lieu désert ou dans une auberge. Alors le droit russe et le droit morave libéraient la commune de cette solidarité[1].

L'ancienne loi française astreignait à la responsabilité civile, le père, le tuteur, le curateur, le mari, l'héritier, le maître (à cause du serviteur), les fermiers (en ce qui regarde leurs domestiques), les curés (par rapport à leurs vicaires), les propriétaires (à l'égard de leurs animaux), les aubergistes, hôteliers, etc.[2]. Nos lois postérieures ont peu dérogé à ces anciennes dispositions[3]. La loi du 16 vendémiaire an IV, qui rend les communes civilement responsables des dégâts et des déprédations commises sur leur territoire[4], avait aussi son analogue dans la coutume du Maine et dans les statuts de plusieurs cités italiennes du moyen âge, ceux de Brescia, de Tortone, d'Intra et Pallanza, qui sont aussi formels que curieux[5].

Les nations diverses considérées entre elles, n'étant soumises à aucun pouvoir commun, ne peuvent que s'en prendre les unes aux autres, quand un délit est commis par des citoyens de l'une contre les membres ou le corps de l'autre, et que le délinquant s'est réfugié parmi ses compatriotes. Il n'est pas étonnant que les peuples civilisés ne soient guère plus avancés

[1] Maccieiowski, *Op. cit.*, t. II, p. 163. Époq. du moyen âge.

[2] V. Jousse, t. I, p. 594-596.

[3] Cod. civ., art. 1382, 1386; Cod. pén., art. 73, 74 et les lois spéciales.

[4] Bullet., 188, n° 1142.

[5] *Statuta criminal.*, C., CXVI, p. 149, 150; *Stat. civit. Torton.*, VII, p. 257; — *Stat. burgi Intri*, etc., lib. IV c. 32, p. 105, 106. En voici quelque passages : après avoir dit que les habitants de la commune devront livrer l'auteur ou les auteurs du délit, le statut ajoute : « Alioquin commune, et homines, nobiles, vicini illius burgi vel loci teneantur et debeant damnum restituere, et resarcire damnum passo in duplum, secundum examinationem et extimationem... Et si erit dubium de cujus territorio esset ille locus, in quo damnum datum fuerit, intelligatur, quoad contenta in præsenti statuto, esse de territorio illius terræ, loci, vel burgi, cui proximior fuerit ille locus, in quo damnum datum fuerit... Salvo quod commune et homines prædicti, qui ad ipsam restitutionem compulsi fuerint, regressum habeant liberum et efficacem et summarium usque ad quantitatem quam restituerint... contra illos... qui illud damnum vel guastam fecerint. » Les statuts d'Intra et de Pallanza dispensent de la solidarité ceux qui sont incapables d'arrêter des malfaiteurs : les absents, les femmes, les malades, les vieillards de 70 ans et les mineurs de 15 ans.

à cet égard que ceux qui le sont le moins. Entre peuplades sauvages, si un préjudice est occasionné de l'une à l'autre, la réparation en est demandée à la tribu dont le coupable fait partie; si elle refuse, si elle ne veut pas livrer l'auteur du délit, la guerre devient une sorte de nécessité. Il n'en peut pas être autrement chez les peuples civilisés. Toute la différence est que les sauvages commencent assez souvent par se battre, tandis que nous négocions d'abord, sauf à nous battre ensuite. Cette responsabilité de tous ou de quelques-uns pour un seul, alors même qu'ils ne seraient ni coauteurs, ni complices, mais par cela seul qu'ils sont censés ne faire, pour ainsi dire, qu'une seule personne avec lui, par suite d'une fiction plus ou moins naturelle, plus ou moins violente, entraîne une sorte de solidarité qui peut être plus ou moins étendue, plus ou moins juste, ou même tout à fait injuste, lors surtout qu'on n'a pas fait tout son possible pour que le châtiment ne tombât que sur le coupable[1].

§ 4.

De la manière dont les délits se réparent et s'effacent, et en particulier de la réparation civile.

SOMMAIRE.

1. Ce qui constitue l'existence légale du délit.
2. Comment le délit disparaît au physique, au moral.
3. Comment il cesse d'exister en droit.
4. Influence des circonstances à cet égard.
5. Développements sur la réparation civile.

Le délit n'existe légalement qu'à la condition d'être constaté judiciairement. Tout acte postérieur à celui-là, et qui met fin au délit, qui fait disparaître les conséquences pénales, l'efface pour ainsi dire.

Au moral, le délit n'existe plus *matériellement*, du moment qu'il est réparé[2]; il n'existe plus *formellement*, dès qu'il y a repentir, que la réparation s'ensuive ou ne s'ensuive pas, mais

[1] Cf. Ce qui est dit ci-dessus de quelques cas de solidarité, ce que dit M. Alb. Duboys, de cas analogues, p. 273, 578, 584, 681 de l'ouv. cité. — V. aussi les *Essais historiques* sur les lois, trad. de l'anglais par Bouchaud, p 21-42, Paris, 1766; Rosmini, *Filos. del dritto*, t, I, p. 750-753.

[2] Voir sur la réparation civile, Rosmini, *Filofia del dritto*, t. I, ch. 5, p. 758, *in finem*.

à la condition que si elle n'a pas lieu, ce soit par impuissance absolue de la part de l'auteur du mal.

En droit le délit disparaît par la mort [1], par l'amnistie, par l'acquittement, par la grâce, par la prescription de l'action publique ou de la peine, par l'intervention d'une loi qui fait disparaître avant le jugement le délit poursuivi. Il y aurait une sorte de justice à étendre cette faveur à ceux qui, ayant été condamnés d'après cette loi maintenant abrogée, subiraient leur peine, puisque la loi nouvelle reconnaît que ce qui était un délit d'après une disposition légale antérieure n'en est pas un, et qu'il n'y a pas intérêt pour la société à ce qu'il ne se commette pas, à ce que la peine serve de moyen de correction pour les uns et d'exemple pour les autres. Il en serait un peu différemment, si le délit avait été réellement de circonstances et s'il ne cessait d'en être un que par le changement même de ces circonstances.

Pour qu'il y ait droit à la réparation civile, ou à la satisfaction, il faut qu'il y ait eu lésion, c'est-à-dire préjudice occasionné volontairement et malgré celui qui l'endure. La lésion physique demande une réparation physique, et la lésion morale une réparation morale. Il n'y a lieu à compenser l'une par l'autre qu'autant que l'une ou l'autre ne peut avoir lieu, comme la nature des choses le demande : c'est alors une satisfaction par substitution.

Le droit de satisfaction est la conséquence du droit de propriété, et du droit accessoire de défendre son droit.

Pour l'exercer, il faut que le dommage soit constaté, que l'étendue en soit estimée, que l'acte dont il résulte soit imputable et que l'agent soit connu [2].

[1] Il est d'autant plus odieux de faire le procès à un cadavre, que c'est contraire au principe : que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu, que la vengeance doit expirer sur le seuil de la vie ; que le motif en est moins sérieux. Tel est le cas d'Étienne VI, qui fit exhumer son prédécesseur, le pape Formose, en fit porter le cadavre devant un synode assemblé pour le condamner, lui et ses actes, et le faire dégrader. Là on revêtit ce cadavre, déjà en dissolution, des habits pontificaux ; Étienne l'interrogea, le condamna et l'excommunia. Alors il le fit dépouiller des marques de sa dignité, lui fit couper les trois doigts avec lesquels il avait donné la bénédiction papale, et lui fit trancher la tête. Le cadavre ainsi mutilé fut abandonné aux eaux du Tibre. *Revue du droit*, 1849, p. 57. V. aussi Hénault, *Hist. de France*, édit. Walkenaer, t. I, p. 111.

[2] On peut voir sur ce sujet Gioja, *Dei danni et delle pene;* — Rosmini, *Filosofia del dritto*, t. I.

§ 5.

De la réhabilitation.

SOMMAIRE.

1. Ce que c'est, d'après le vœu des lois qui l'admettent.
2. Ce qu'elle est en réalité.
3. Son utilité.
4. Admise déjà chez les Romains.
5. Pratiquée en Chine. — Détails à ce sujet.
6. On trouve quelque chose d'analogue chez les peuples barbares.
7. Autre espèce de réhabilitation ; vraie réparation (*restitutio in integrum*) ; — n'a pas d'autre nom plus propre.
8. Demande en révision.

La réhabilitation relève le condamné, qui a subi sa peine, des incapacités perpétuelles qu'il avait encourues, ou des incapacités temporaires qui doivent encore peser sur lui après l'expiration de sa peine. Elle lui rend de plus la bonne renommée. Tel est du moins le vœu de ceux qui l'admettent.

Mais il faut reconnaître : 1° qu'elle ne fait que mettre fin à la partie de la peine qui restait à subir, puisque l'incapacité encourue par le délit est prononcée à titre de peine. A cet égard la loi est impuissante ; elle n'effectue pas du moins tout ce qu'elle entreprend.

Cependant, comme elle peut exciter à de très-louables efforts, comme elle relève de l'incapacité légale l'ancien condamné, et qu'elle améliore réellement sa condition politique, civile et de famille, elle est un bien véritable [1].

Elle était admise déjà chez les Romains, sous le nom de *restitutio in integrum*. Cette réhabilitation était même plus complète qu'elle ne l'est chez nous [2], puisqu'elle rétablissait le réhabilité jusque dans ses titres, ses dignités et ses fonctions. Les Athéniens avaient aussi une réhabilitation à laquelle concourraient le peuple et le sénat [3].

[1] L. I, *Cod. De sententiam passis et restitutis.*

[2] V. Jousse, II, p. 414-416 ; *p.* 375-414. *Cod. inst. crimm.*, art. 619-634. Voir une excellente monographie sur le sujet : *De la réhabilitation des condamnés*, rédigée par l'ordre du garde des sceaux, pour être soumise aux délibérations de la commission chargée de préparer un projet de loi sur cette matière, par M. Faustin Hélie. Octobre, 1839. — Ceci était écrit avant l'état actuel de notre législation. V. *C. inst.*, art. 619-634.

[3] Démosth., *in Timocr.*

Une réhabilitation analogue dans ses résultats à la restitution *in integrum* se pratique chez les Chinois. Si un fonctionnaire supérieur manque grièvement à ses devoirs, l'empereur le fait venir à la Cour où il le laisse sans dignités, mais où il doit vaquer à différentes occupations sous prétexte d'*apprendre ses devoirs*. S'il se conduit bien, l'empereur lui pardonne et lui accorde de nouvelles faveurs. S'il ne se montre pas obéissant, il est solennellement déclaré rebelle par l'empereur entouré d'une grande assemblée. L'empereur rapporte les torts du coupable, les tentatives infructueuses qui ont été faites pour obtenir son amendement, et demande qu'il soit puni. L'assemblée conclut unanimement à la mort du rebelle, et au châtiment de tous ceux qui lui étaient dévoués, s'ils n'abandonnent promptement son parti. Puis, après une courte prière, on s'adresse aux ancêtres de tous les rois, des princes, des grands et des mandarins, pour les avertir de ce qu'on va faire, et l'on dit : « Ce n'est que malgré nous que nous nous déterminons à renverser, à détruire et à verser du sang; que la faute en soit à celui qui nous met dans cette triste nécessité; nous sommes certains de ses crimes et de son obstination; sa rébellion est manifeste; nous devions au ciel, aux esprits, à nous-mêmes et à tout l'empire, de détruire ce qui mérite si peu d'être conservé, et de mettre à mort celui qui est si peu digne de vivre. » La punition dont on parle ici, observe le missionnaire qui la rapporte, est de temps immémorial; elle est encore en usage aujourd'hui à l'égard des mandarins que l'empereur ne veut pas perdre entièrement. On les casse de leur emploi, et on les laisse dans quelque tribunal, ou sous la direction de quelque grand, qui s'en sert, comme bon lui semble, pour le service de sa majesté. Des mandarins ainsi punis ne manquent pas d'être bientôt rétablis, si ceux auxquels ils ont été confiés en rendent un bon témoignage[1].

Quelque chose d'analogue s'observe chez des peuples bien moins civilisés. Les Achémois regardent comme d'une justice rigoureuse, que la peine rétablisse dans ses droits sociaux celui qui l'a subie. La peine est une dette acquittée par lui à la société, qui n'a plus rien à lui reprocher une fois cette dette payée. Sans doute que le condamné qui a subi sa peine n'est

[1] *Mémoires concernant les Chinois*, t. VII, p. 237 et 238.

pas impeccable, et les récidives sont loin d'être sans exemple; sans doute le vol, l'assassinat peuvent dégénérer en une sorte d'habitude, et qu'il en est un peu du crime comme du vice, celui qui s'en est une fois rendu coupable est en général plus sujet à faillir grièvement que celui qui s'en est garanti. Nos préventions ont donc bien leurs fondements, mais elles peuvent être injustes par fois. En tous cas, elles sont logiquement en désaccord avec le principe de l'expiation sociale. On aime donc à voir des peuples à demi barbares être assez logiciens, au profit de la justice, pour s'interdire toute injure à propos d'une condamnation ou d'un crime expié, surtout lorsqu'il l'a été cruellement [1].

Il y a une autre espèce de réhabilitation, qui est une vraie réparation et qui doit être une complète restitution *in integrum*, sous peine d'injustice. C'est celle qui consiste à reconnaître le mal-jugé définitif en matière criminelle, et qui a pour but de réparer des erreurs de faits qui auraient entraîné la confusion des innocents avec les coupables.

Cette espèce de réhabilitation devrait porter un autre nom, puisque la position de ceux qui doivent en profiter est toute différente de celle de ceux qui sont appelés au bénéfice de la première. C'est une vraie réparation qui doit aller jusqu'à l'indemnité [2]. Il ne s'agit pas seulement de reconnaître à celui qui a été injustement condamné des droits dont il n'aurait jamais dû être privé, il faut de plus réparer autant que possible le mal et le préjudice qu'il a soufferts [3].

La demande en révision devrait même être ouverte aux réci-

[1] Les mutilations de toute nature sont du reste des peines très-fréquentes chez les Achémois; le patient est admis à composer avec le bourreau pour être tué ou mutilé proprement. Le châtiment chez eux expie la faute, et un homme puni, mutilé, aurait le droit de tuer impunément ceux qui lui feraient un reproche de son ancienne faute. La justice y est acceptée avec une résignation exemplaire. Un criminel arrêté par une femme ou par un enfant n'ose prendre la fuite et demeure immobile. — *Description de l'île de Sumatra*, p. 100, par Beaulieu.

Malgré cette protection accordée au mutilé, la législation qui veut de pareilles peines n'en est pas moins barbare. Il vaudrait mieux ne pas imprimer une éternelle et visible flétrissure, et ne pas être si sévère pour ceux qui auraient le tort d'en rappeler la cause.

[2] Dont la société serait chargée au besoin comme le veut Bentham : la solidarité sociale va jusque-là.

[3] Cf. Art. 443-447. *Cod. inst. cr., Demande en révision.*

difs, sauf à exiger d'eux une plus longue épreuve; aux condamnés au bannissement; aux condamnés correctionnels frappés d'incapacités perpétuelles ou temporaires. J. TISSOT.

DISSERTATION

SUR LES ENTRAVES A LA LIBERTÉ DES ENCHÈRES.

DE LA COMPLICITÉ DES ENCHÉRISSEURS QUI ONT AGRÉÉ DES DONS OU PROMESSES.

Par M. Paul BERNARD, docteur en droit, procureur impérial à Castellane (Basses-Alpes).

Un des grands principes de notre législation criminelle est que la loi pénale doit avoir incriminé une action pour qu'elle puisse être punie comme délit, quelque immorale ou nuisible qu'elle soit (art. 4 C. pén.). C'est là la sauvegarde de la liberté du citoyen. La société n'édicte que des lois propres à assurer son existence; elle se préoccupe moins du perfectionnement de l'homme que de la nécessité de se défendre contre les agressions du citoyen. Elle se substitue à la loi naturelle, non pas qu'elle ne cherche à s'y conformer, mais en ce qu'elle réprime des faits qui paraissent indifférents à la morale, et qu'elle ne sévit point contre des violations fort graves que celle-ci indique à tous les hommes.

Cet empire arbitraire, qui constitue le privilége de la société, ne peut donc s'exercer qu'à la condition de prévenir le citoyen de ce qui est punissable et de ce qui ne l'est pas. Le laisser dans l'incertitude serait le livrer à une odieuse tyrannie : la sécurité doit être entière tant qu'il ne transgresse aucune loi écrite. Quant aux infractions à la morale, il ne relève que de la conscience et du grand promulgateur de la loi naturelle.

Pour que ce principe conservateur ne soit pas une lettre morte, il faut que l'action à punir soit conforme à celle décrite par la loi pénale, c'est-à-dire, qu'elle renferme toutes les circonstances supposées par la définition du crime donnée par le législateur.

Le danger de ne pas faire une saine application des lois

pénales existe donc soit dans le désir légitime qu'ont les tribunaux de réprimer des faits contraires à la morale, soit dans la vive résistance opposée par le citoyen à souffrir la répression de faits qu'il soutient n'être pas punissables.

On peut remarquer dans nos monuments de jurisprudence des traces nombreuses de ces deux écueils : magistrats et défenseurs luttent d'éloquence et d'habileté pour faire flétrir ou pour faire absoudre les prévenus, et dans ce conflit l'appréciation exacte de la loi est quelquefois abandonnée.

La doctrine s'égare quelquefois aussi, et son influence pèse sur les décisions. Poussée par le désir d'assurer le triomphe de la lettre des lois pénales, elle en oublie l'esprit, et ce qui est plus grave, elle sacrifie les principes essentiels sans lesquels il n'y aurait plus d'harmonie dans ces lois.

L'interprétation du dernier paragraphe de l'article 412 du Code pénal a donné lieu à une de ces erreurs contre lesquelles il faut protester, parce qu'accréditées, elles font obstacle à la répression. Quelques criminalistes ont pensé que les enchérisseurs, qui ont agréé des dons ou promesses et se sont abstenus, ne peuvent être recherchés comme complices : MM. Chauveau et Hélie, t. VII, p. 444. — Rauter, t. XI, p. 540 et 542. — Carnot, sur l'article 412, n° 8. M. Morin s'est prononcé en sens contraire, et la Cour de Pau a rendu un arrêt conforme le 18 mai 1855. Dalloz 1857, 2, 67.

Ce n'est pas dans la loi correctionnelle du 22 juillet 1791 qu'a été puisé le principe de l'article 412, ainsi que l'ont dit les honorables auteurs de la Théorie du Code pénal (p. 435, t. 7), mais dans l'ordonnance sur les forêts de 1669. « Les » marchands adjudicataires, ni autres particuliers de quelque » qualité que ce soit, ne pourront faire aucunes associations » secrètes, ni empêcher par voies indirectes les enchères sur » nos bois ; et où ils se trouveront convaincus du monopole ou » complot concerté entre eux, par parole ou par écrit, de ne » point enchérir les uns sur les autres ; voulons qu'outre la » confiscation des ventes, ils soient condamnés à une amende » arbitraire qui ne pourra être au-dessous de 1,000 livres, et » bannis des forêts (art. 24). »

Guyot, après avoir rapporté des sentences qui avaient fait application de cet article, ajoute : « Le Roi ayant été informé » que nonobstant les défenses portées par la loi pour prévenir

» les traités ou associations illicites, et qui pourraient empêcher » que les ventes ne fussent portées à leur juste valeur, il arri- » vait néanmoins souvent, en procédant aux adjudications en » différentes maîtrises, que les marchands qui s'y présentaient » étaient convenus d'avance entre eux de n'enchérir les uns » sur les autres que pour la forme, et de ne porter les ventes » qu'à des prix beaucoup au-dessous de leur véritable valeur, » ce qui avait obligé plusieurs fois les grands-maîtres des eaux » et forêts de remettre les adjudications; que, dans d'autres » endroits, les particuliers ne se présentaient aux adjudications » que pour exiger de ceux qui se rendaient adjudicataires dif- » férentes sommes, sous prétexte de ne point enchérir sur eux, » et que, lorsque les adjudications étaient faites, d'autres trou- » vaient encore le moyen de rançonner les adjudicataires en » les menaçant de tiercer les ventes; Sa Majesté..., a fait très- » expresses inhibitions et défenses aux marchands et autres » particuliers qui se présenteraient aux adjudications de con- » trevenir à cette loi par aucun traité ou association illicite : » elle leur a pareillement fait défenses d'exiger ou de recevoir » de ceux qui se seraient rendus adjudicataires aucune somme » sous quelque prétexte que ce peut être, et à ceux-ci de payer » aucune autre somme que celles qui seraient exprimées par » les cahiers des charges. Enfin, il a ordonné qu'à la diligence » des procureurs du roi au siége des maîtrises, il serait in- » formé contre les marchands ou autres particuliers qui ne se » seraient pas conformés aux défenses dont il s'agit, et que » les contrevenants seraient condamnés à une amende arbi- » traire qui ne pourrait être au-dessous de mille livres, outre » la confiscation des ventes et le bannissement des forêts. » Répertoire, v° *Adjudicataire*, p. 172.

On voit, par cet exposé, que sous l'ancienne monarchie on réprimait dans les ventes de bois les manœuvres de l'adjudicataire, qu'elles eussent pour but d'écarter un ou plusieurs enchérisseurs de la vente ou du tiercement, aussi bien que celles de ces derniers, parce que, sans leur consentement à participer à un concert frauduleux, la liberté de l'adjudication n'eût pas été violée.

La vente des autres propriétés n'était protégée que contre la cupidité des officiers de justice qui ne pouvaient se rendre adjudicataires. L'intérêt du trésor royal inspira mieux la

royauté que celui des citoyens, et la vente seule des bois fut protégée contre les manœuvres des acheteurs.

La confiscation des biens ecclésiastiques et des corporations, décrétée le 24 novembre 1789, imposa au législateur la tâche de régler une foule de détails. Quand on voulut consommer cette vaste expropriation qui s'accomplit sur toute la surface du territoire, de nombreux abus furent signalés dans plusieurs provinces. L'adjudication aux enchères offre quelques-uns des caractères du jeu ; diverses circonstances lui donnent la même physionomie, et sollicitent par suite les instincts de la cupidité : plus le nombre des concurrents est restreint et plus chacun d'eux a lieu d'espérer que ses offres ne seront pas couvertes ; de là des menaces, des violences employées par les plus audacieux pour faire fuir les timides ; de là les dons et les promesses pour les éloigner. Les plus graves abus ayant été l'opposition qui se manifestait par des violences ouvertes et les concerts que la cupidité organisait pour obtenir les biens à vil prix, il fallut y remédier par des mesures répressives ; car ces moyens illicites, qui jusqu'alors ne s'étaient produits que dans des ventes isolées et n'avaient point suffisamment éveillé l'attention du législateur, se manifestèrent avec un ensemble dont les conséquences furent désastreuses pour le trésor de la nation.

Le décret du 10 juillet 1791, en forme d'instruction, qui eut pour but de faire cesser divers abus, portait dans ses articles 3 et 4 : « Toutes promesses d'argent, exigées ou sous-» crites pour renoncer au droit d'enchérir, doivent être décla-» rées nulles par les tribunaux ; ceux qui auront compté des » deniers ou accepté de telles promesses, condamnés en des » amendes égales aux sommes qui leur auront été promises ou » payées.

» Les accusateurs publics et les magistrats, qui négligeraient la poursuite de ces délits, s'en rendraient complices » et responsables envers la nation ; dans le cas d'une inaction » volontaire ou de refus, ils pourraient être traduits et jugés » ainsi qu'il appartiendrait. »

Ce qu'il y a de remarquable dans ce texte, aussi bien que dans les arrêts du conseil du roi, c'est que ceux qui avaient accepté les promesses étaient punis comme ceux qui les avaient faites.

La loi correctionnelle des 19 et 22 juillet 1791 étendit cette

pénalité à l'adjudication de toutes les autres propriétés, et ne restreignit pas le nombre des personnes qui participaient au délit. En outre, comme l'amende paraissait insuffisante, cette loi y ajouta une peine corporelle (Art. 27, t. 2).

La loi du 24 avril 1793, disent MM. Chauveau et Hélie, reproduisit cette disposition; en la modifiant d'une part, elle atténua la peine, sans doute pour en rendre l'application plus certaine; d'un autre côté, elle distingua deux espèces de délit, suivant la nature de l'opposition apportée aux enchères. L'article 11 de cette loi portait : « Tous ceux qui troubleraient la » liberté des enchères par des injures ou menaces, seront punis » d'une amende qui ne pourra être au-dessous de 50 livres et » d'un emprisonnement qui ne pourra être au-dessous de quinze » jours. » L'article 12 ajoutait : « Ceux qui troubleraient la » liberté des enchères, ou empêcheraient que les adjudications » ne s'élevassent à leur véritable valeur, soit par offre d'argent » ou par des conventions frauduleuses, soit par des violences » ou voies de fait exercées avant, pendant ou à l'occasion des » enchères, seront poursuivis et punis d'une amende qui ne » pourra être au-dessous de 500 livres et d'un emprisonnement » qui ne pourra être moindre de six mois. »

Rien n'indique que le législateur voulut soustraire à la peine édictée ceux qui avaient participé aux conventions frauduleuses en agréant les promesses pour ne pas enchérir.

L'article 412 du Code pénal subit deux rédactions, la première était ainsi conçue : « Ceux qui dans les adjudications de » la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mo- » bilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une exploi- » tation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé » la liberté des enchères ou des soumissions, soit par dons » ou promesses, soit par voie de fait, violences ou menaces, » seront punis, etc. »

La commission du Corps législatif fit observer qu'on pourrait supprimer ces mots : « la liberté des enchères, » et mettre seulement ceux-ci : « *entravé ou troublé* les enchères. » Il semble, était-il dit, que des dons ou promesses n'entravent pas précisément la liberté des enchères et n'ôtent pas la liberté de mise; mais ces moyens *entravent réellement les enchères.* Locré, t. 31, p. 124.

Cet amendement fut rejeté. Cependant l'article 412 ne fut

point rédigé comme dans le projet. Le législateur distingua entre le trouble apporté à la liberté des enchères par voie de fait, violences ou menaces, et les dons ou promesses qui ont pour résultat d'éloigner les enchérisseurs.

Peut-on induire de la nouvelle rédaction que le législateur de 1810 ait eu l'intention d'amnistier les enchérisseurs qui ont été déterminés à s'abstenir par les dons ou promesses? Ce serait un changement bien grave, puisqu'il bouleverserait l'économie des lois antérieures; d'autant plus grave que, restreinte à l'adjudicataire qui a fait les dons ou promesses, la loi n'atteint plus son but.

Si l'on consulte la pensée du législateur dans l'exposé des motifs, on est convaincu que, loin de limiter la pénalité à certains cas ou à certaines personnes, il a voulu l'étendre. « Nous » nous abstiendrons, disait M. Faure, de parler de la disposition relative à ceux qui, dans les adjdications, auront » entravé ou troublé la liberté des enchères. Le fond de cet » article a été puisé dans la loi correctionnelle de 1791, et » dans la loi particulière du 24 avril 1793. *La nouvelle rédaction est beaucoup plus complète,* et remplit plusieurs lacunes. » Séance du 9 février 1820, n° 25. Locré, t. 31, p. 151.

Il est de principe incontesté que tous les complices d'un crime ou d'un délit doivent être punis comme les auteurs de ce crime ou délit. Ce principe étant général, il faut, pour anéantir son application dans certains cas déterminés, que la loi contienne une dérogation expresse qui ne laisse aucun doute.

Cette dérogation ne peut être déduite de l'article 412, car à ceux qui voudraient la trouver dans cette formule absolue : « La même peine aura lieu contre ceux qui, par dons ou promesses, ont écarté les enchérisseurs, » on opposerait que le législateur du Code pénal l'emploie dans la plupart des cas. Au moyen de cette interprétation, on arriverait à nier le système de *la complicité;* on en ferait l'exception, tandis qu'elle est la règle générale. Il est inutile d'en fournir des exemples : ouvrez le Code pénal dans la disposition relative à chaque crime ou délit, il n'est jamais question que de l'auteur principal; et combien, en effet, n'eût-il pas fallu surcharger la rédaction de répétitions sans fin, de formules fastidieuses, si chaque fois on avait dû déterminer la participation spéciale des complices au fait à réprimer!

Mais l'acceptation des dons ou promesses est-elle un fait constitutif de complicité?

Non, répondent MM. Chauveau et Hélie. « Les personnes qui ont accepté se sont seulement abstenues d'enchérir. Or, rien ne les forçait de faire ces enchères; elles ont cédé à une influence illicite, mais elles n'ont commis aucun délit. Il en est autrement du fonctionnaire ou du témoin, qui, par suite d'un fait de corruption, s'abstient d'un acte de ses fonctions ou déguise son témoignage : l'un et l'autre manquent à un devoir. Mais l'enchérisseur n'enfreint aucune obligation; aussi la loi qui renferme des dispositions particulières pour le témoin et le fonctionnaire, n'en contient point pour l'enchérisseur. Un autre motif est que celui-ci est le plus souvent le seul témoin, » t. 7, p. 444.

Pour apprécier le caractère des actes qui constituent la complicité, il ne faut pas les isoler du fait principal incriminé : ils sont essentiellement secondaires et accessoires, ils reçoivent une criminalité d'emprunt qui se rattache à une criminalité principale. Considérés en eux-mêmes d'une manière absolue, ils pourraient ne constituer une infraction à aucune loi, même à la loi morale.

Sans doute nul n'est forcé d'enchérir, nul par conséquent ne commet un acte délictueux ou même répréhensible en s'abstenant, après avoir eu le projet d'enchérir, l'abstention isolée n'étant que l'usage d'une faculté. Mais si on renonce à ce projet, en acceptant des dons ou des promesses; si, moyennant salaire, on dépouille *d'une valeur quelconque, ou même d'une chance de faire élever cette valeur*, le propriétaire d'un bien vendu publiquement, la convention par laquelle on s'engage à l'abstention est frauduleuse, et, si elle est exécutée, elle constitue une coopération criminelle. Si l'adjudicataire ne vous eût pas écarté en vous corrompant, vous auriez fait des offres qui auraient élevé le prix d'adjudication. En vain on dirait qu'à l'heure de l'adjudication arrivée, vous auriez pu vous abstenir par la seule crainte de compromettre vos intérêts, car vous ne pouvez après coup vous prévaloir d'une intention, c'est-à-dire, d'un acte purement spirituel et abstrait, contre lequel proteste un fait matériel, celui de l'acceptation d'un salaire ou d'une promesse.

C'est le salaire que la loi punit, parce qu'il est le motif dé-

terminant du pacte frauduleux. L'abstention en est le résultat présumé, elle est le signal de l'exécution. La loi ayant voulu protéger les enchères, a puni tous les moyens qui lui ont paru de nature à faire une forte impression sur les enchérisseurs; les menaces, les voies de fait, les violences, parce qu'on leur cède et qu'elles portent l'atteinte la plus grave à la liberté; l'argent, les avantages pécuniaires, parce que les hommes sont mus par la cupidité, et qu'en matière d'adjudication, ils sont d'autant plus accessibles à l'influence de l'or qu'ils acquièrent un bénéfice certain sans rien exposer. Au lieu de tenter l'*aléa* des enchères et de poursuivre une acquisition qui peut être faite à de bonnes ou mauvaises conditions, suivant qu'ils se laisseront plus ou moins entraîner, ou qu'ils en connaissent plus ou moins bien les avantages ou les inconvénients, ils vendent leur silence à beaux deniers comptants.

La loi n'incrimine pas les autres moyens qu'emploierait un adjudicataire pour détourner les enchérisseurs : les prières, la persuasion, les manœuvres frauduleuses même dont il se servirait pour les tromper sur la valeur de l'immeuble, parce que la vente étant précédée et entourée de formalités minutieuses, chacun peut s'édifier sur les conditions de l'acquisition.

Ce n'est donc pas l'abstention que la loi punit, mais le concert frauduleux dont elle est l'exécution. Par conséquent, que ce concert intervienne entre l'adjudicataire *et un ou plusieurs enchérisseurs*, peu importe, s'il a eu pour but de limiter les offres !

Quant à la distinction que font MM. Chauveau et Hélie entre l'abstention de l'enchérisseur et celle du fonctionnaire ou du témoin, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Ce n'est pas l'abstention proprement dite du fonctionnaire ou du témoin que la loi punit, c'est encore le marché frauduleux dans lequel ils trouvent une excitation à manquer à leur devoir. Ce qui le prouve c'est que la loi incrimine le faux témoignage comme crime distinct, quelle que soit d'ailleurs la disposition du témoin, qu'*il invente des faits faux ou qu'il s'abstienne de raconter des faits vrais;* seulement la peine est aggravée, lorsque la fausseté du témoignage a été obtenue par des dons ou promesses. Il en est de même pour le fonctionnaire : la loi n'incrimine pas son abstention considérée d'une manière absolue, mais son abstention moyennant salaire. C'est encore le marché honteux que la loi

a voulu proscrire, puisqu'elle punit le fonctionnaire non-seulement lorsqu'il s'abstient de faire un acte, mais encore lorsqu'il reçoit salaire *pour faire un acte juste* de ses fonctions.

Dire d'ailleurs que le fonctionnaire et le témoin manquent à un devoir, tandis que l'enchérisseur use purement d'une faculté, n'est-ce pas une subtilité? L'enchérisseur qui consent à s'éloigner moyennant salaire n'enfreint-il pas un devoir? La loi ne lui fait-elle pas une obligation de ne pas se concerter avec l'adjudicataire. S'il avait l'intention d'enchérir, il dépouille le propriétaire du bien vendu; s'il n'avait pas cette intention, il vole l'adjudicataire. Enchérisseurs, témoins et fonctionnaires qui se laissent corrompre violent donc un devoir. La violation faite par les premiers est de nature à apporter à l'ordre social un trouble moindre, aussi la loi l'incrimine-t-elle comme délit et non comme crime.

Je ne serais point touché par cet argument de MM. Chauveau et Hélie, que les enchérisseurs sont souvent les témoins à invoquer. En effet, les enchérisseurs accepteront avec d'autant plus de facilité les offres d'argent qu'ils seront assurés de l'impunité. Ils ne se trouveront plus à la discrétion de l'adjudicataire et s'abstiendront non-seulement pour des dons de peu d'importance, mais même pour de simples promesses. Armés du pouvoir de dénoncer l'adjudicataire, ils lui feront la loi, et s'ils ne peuvent espérer d'obtenir devant les tribunaux civils l'exécution d'une convention illicite, ils obtiendront le même résultat par la menace de poursuites correctionnelles.

L'incertitude des enchérisseurs à suivre la foi de l'adjudicataire pour l'exécution du pacte frauduleux, rapprochée de la crainte de poursuites contre eux-mêmes, est souvent un obstacle moral qui est de nature à retenir tous ceux qui y prennent part. Les en affranchir c'est sacrifier la puissance préventive de la loi à un des moyens qu'emploie la puissance répressive pour obtenir la preuve du délit.

Or, ne vaut-il pas mieux conserver dans toute son énergie l'effet d'intimidation que doit produire la loi pénale et prévenir ainsi de nombreux délits que de l'abandonner pour faciliter les investigations dans quelques cas déterminés?

Restreindre les poursuites à l'adjudicataire, c'est blesser le sentiment public qui apprécie quelquefois avec une grande justesse les faits déférés par le ministère public aux tribunaux. Il

est facile de le remarquer dans la pratique; la conscience des citoyens crie bien haut que les enchérisseurs et surenchérisseurs sont plus coupables que l'adjudicataire. Celui-ci, en effet, écarte difficilement tous les enchérisseurs; il s'expose à n'avoir pas l'immeuble qu'il convoite, et à ne l'obtenir qu'à un prix plus élevé que celui en considération duquel il avait fait un sacrifice pécuniaire. Si les espérances sont ainsi trompées, il aura acheté cette déception au prix de son argent, du trouble de sa conscience et de la crainte incessante de poursuites correctionnelles. Les enchérisseurs, au contraire, faciliteront froidement la spoliation de leurs concitoyens, n'exposeront ni leurs deniers, ni leur réputation, ni leur liberté, et pour un concours qui n'entraîne l'éventualité d'aucun mal, ils recevront le salaire de cette spoliation. Je me trompe, ils seront soumis au remords de leur conscience, à moins toutefois que la loi pénale leur répétant chaque jour qu'ils n'ont pas commis un acte délictueux, le sens moral ne s'oblitère, la conscience publique ne s'abstienne de les flétrir, égarée qu'elle serait par l'incurie du législateur.

Faut-il rappeler que c'est après l'adjudication surtout que d'ignobles spéculations se font jour? que de prétendus surenchérisseurs menacent l'adjudicataire *de tirer* (c'est encore l'expression usitée parmi le peuple), et se font remettre ainsi des sommes considérables sur la seule affirmation qu'ils veulent surenchérir?

Punir l'adjudicataire seul parce qu'il a succombé à ces sollicitations, afin de conserver la propriété adjugée après l'avoir payée ce qu'elle vaut en réalité, et ne pas punir les indignes escrocs qui l'ont effrayé, serait injuste. Il vaut mieux s'exposer à laisser un délit impuni que d'amnistier dans toutes les poursuites des complices dont l'immoralité est souvent plus saillante que celle de l'auteur principal.

M. Rauter pense, comme MM. Chauveau et Hélie, que l'abstention des enchérisseurs n'est pas punissable; il les assimile aux personnes qui prenaient des billets de loterie sous l'empire de l'article 410 du Code pénal, avant la promulgation de la loi du 21 mai 1836.

Dans ce cas, la pensée de la loi est d'accord avec son texte. L'article 410 punissait ceux qui avaient établi des loteries non autorisées et les administrateurs ou gérants; son but était sur-

tout d'assurer le monopole de la loterie nationale. Ce qui constituait le délit c'était le défaut d'autorisation qu'on ne pouvait imputer qu'aux gérants de la société. Pour punir les complices par la simple acceptation des billets, il eût fallu traîner devant les tribunaux des milliers de personnes qui n'avaient pas su la plupart du temps si la loterie était ou non autorisée. Dans l'intérêt social, il n'y avait lieu pour prévenir ce délit qu'à punir ceux qui établissent les loteries. La loi de 1836 a atteint les dernières limites, en déclarant punissables ceux qui facilitent l'émission des billets. Mais, comme la loi a eu soin de spécifier tous les actes qui constituent la complicité dans ce cas déterminé, il faut s'en tenir à cette énumération limitative.

Est-il nécessaire d'ajouter que la loi sur les loteries ayant pour but de sauvegarder la moralité publique, en protégeant les particuliers contre l'entraînement du jeu, ne devait punir que ceux qui leur montrent l'appât du gain. Il fallait punir ceux faisant espérer la possession de châteaux princiers, de lingots d'un grand prix, moyennant une pièce de monnaie, s'adressant à tous les cœurs, au pauvre comme au riche, et spéculant sur un premier mouvement de cupidité, remuant des masses entières de citoyens.

La situation d'ailleurs n'est plus la même entre les joueurs de loterie et les auteurs du délit d'enchères. Entre les premiers, les billets étant tous du même prix, la condition de chacun l'est aussi. Il se fait une convention tacite par laquelle chacun des joueurs consent à exposer un faible enjeu, c'est-à-dire, un millionième de chance pour obtenir les faveurs du hasard; chacun sait à quoi il s'expose. Dans le délit d'entraves à la liberté des enchères, au contraire, l'adjudicataire et les enchérisseurs stipulent dans l'ombre la spoliation d'un mineur ou d'un débiteur malheureux que la loi a voulu protéger spécialement. On convie toute la population à l'achat d'une propriété, on établit une concurrence entre les divers intérêts afin que de leur choc il naisse un avantage pour le vendeur; le pacte secret des enchérisseurs brise cette concurrence et leur livre l'immeuble à vil prix. Le débiteur est ainsi sacrifié à d'indignes manœuvres; la protection que la loi a voulu lui donner consomme sa ruine, car, par une vente amiable, il aurait sans doute obtenu un prix assez élevé pour désintéresser ses créanciers et soutenir sa famille.

Ce pacte secret devrait être puni plus sévèrement que le vol.

La victime d'une soustraction frauduleuse s'en aperçoit au moins ; elle peut porter plainte, faire opérer des investigations judiciaires, désigner souvent le coupable ; mais le tiers volé par les enchérisseurs ne sait rien, il doit garder le silence devant l'opprobre et les humiliations dont l'accablent ses créanciers. Si, sans preuves, il osait accuser les enchérisseurs d'un concert frauduleux, il s'exposerait aux peines encourues par le diffamateur !

Le tribunal de Castellane, le 7 août 1858, a relaxé deux surenchérisseurs qui s'étaient abstenus moyennant 100 francs que leur avait remis l'adjudicataire. La théorie émise dans ce jugement ne suit pas les sentiers battus par la doctrine, il faut donc la suivre pour démontrer qu'elle s'est égarée aussi bien que celle-ci.

« Attendu, est-il dit, quant à la complicité imputée à D*** » et G***, que l'action d'écarter des enchérisseurs par dons ou » promesses n'est complète que si une personne se présente » pour accepter ces dons ou ces promesses, et renonce, déter- » minée par les moyens illicites employés, à réaliser le projet » d'enchérir; que l'enchérisseur et celui qui l'écarte concou- » rent tous deux, comme auteurs directs et principaux, à la » perpétration d'un fait, qui, quoique complexe, reste unique » et indivisible au point de vue pénal.

» Que l'article 60 du Code pénal ne prévoit et n'embrasse que » des actes positifs et extrinsèques au délit, tendant tous à en » faciliter ou favoriser la perpétration, sans atteindre jamais les » actes d'exécution constitutifs du délit lui-même.

» Que ses dispositions ne sauraient dont régir et s'appliquer » au fait purement négatif de l'enchérisseur qui moyennant » des dons et des promesses, s'abstient d'enchérir et ne se borne » pas seulement, par son abstention, à favoriser la perpétration » d'un acte dilictueux, mais y prend ainsi une participation si » nécessaire, qu'en dehors de sa coaction le délit serait » inexistant. »

» Attendu que ces principes ont sans doute déterminé le lé- » gislateur lorsqu'il a fait des délits *sui generis* de la suborna- » tion et de l'action du corrupteur ; en effet, le suborneur facilite » le faux témoignage, comme le corrupteur facilite la corrup- » tion. Dans ces deux cas, ce semble, il y a l'aide et l'assistance, » ces éléments de complicité que la prévention voudrait ren-

» contrer dans l'action de l'enchérisseur qui accepte les dons » et s'abstient d'enchérir. Le législateur n'a pas dû le croire, » dès qu'il a édicté les dispositions spéciales où il prévoit et » punit des faits coupables qui dans sa pensée auraient échappé » aux prévisions de l'article 60 du Code pénal.

» Attendu surabondamment que l'article 412 du même Code » est textuellement emprunté aux articles 11 et 12 de la loi du » 24 avril 1793, et qu'il a évité de reproduire celle de leurs » dispositions qui punissait tous ceux qui par les conventions » frauduleuses, empêchaient que les biens adjugés ne s'éle- » vassent à leur véritable valeur; que cette suppression réfléchie dépose de l'intention du législateur de 1810 de laisser » impuni le fait de l'enchérisseur écarté qui n'est coupable en » définitive, que d'avoir renoncé, pour de l'argent, il est vrai, » à l'exercice d'un droit qui lui était ouvert. »

En résumé, il n'y a pas de complicité parce que l'abstention de l'enchérisseur est indivisible d'avec l'action de l'écarter; que sans elle celle-ci ne saurait sortir du néant et doit par conséquent être seule incriminée.

Cette théorie fort subtile au premier aspect n'est pas celle de la loi. Que de faits resteraient impunis si on absolvait tous ceux qui ne peuvent naître sans la participation de deux personnes. D'ailleurs discutons rapidement les exemples que produit le jugement pour justifier cette théorie.

La plupart des criminalistes, MM. Chauveau et Helie entre autres, (V. 4, p. 183 et suiv.) conviennent qu'en l'absence d'une disposition spéciale, le corrupteur eût été déclaré complice, en vertu des articles 59 et 60 du Code pénal, car le crime que la loi considère principalement est celui du fonctionnaire public, — mais l'article 179 dérogeant en ce qui concerne l'acte du corrupteur aux règles générales, a fait de ce mode de complicité une incrimination particulière, ayant ses caractères propres, ses conditions d'existence distinctes. Aussi a-t-il été jugé que les dispositions particulières par lesquelles l'article 179 déroge aux régles générales de la complicité, ne sont applicables qu'au corrupteur; qu'elles ne peuvent être appliquées aux autres individus complices du fonctionnaire qui s'est laissé corrompre, ceux-ci restent sous l'empire des règles générales consacrées par les articles 59 et 60 du Code pénal. (Dalloz, V. *Forfaiture*, n° 109, Crim. rej. 16 novembre 1844.)

Ce qui prouve en outre que la loi a considéré l'acte du corrupteur comme une complicité exceptionnelle, c'est qu'elle a fait plusieurs distinctions pour celui-ci ; on peut les réduire à trois : 1° Le corrupteur est puni des mêmes peines que le fonctionnaire qu'il a voulu corrompre, si celui-ci a accepté ses dons pour faire un acte de ses fonctions (art. 179).

2° Il n'est passible d'aucune peine s'il n'a eu pour but que d'obtenir l'*abstention du fonctionnaire* (art. 179), Cour de cassation 23 avril 1841, quand même celui-ci aurait agréé les dons.

3° Lorsque la tentative de corruption ayant pour but d'obtenir un acte que le fonctionnaire doit faire n'a eu aucun effet, la peine appliquée à l'auteur de cette tentative est prise dans la catégorie des peines correctionnelles et non criminelle.

L'arrêt de la Cour de cassation qui décide que le corrupteur ne commet ni crime ni délit lorsqu'il sollicite seulement l'abstention du fonctionnaire public, soit que celui-ci ait été ou non corrompu, nous paraît juridique et confirmer de tous points notre thèse. L'article 179 étant muet sur ce cas, la Cour ne pouvait recourir aux règles générales sur la complicité puisque l'article 179 est devenu une loi spéciale contenant dérogation aux principes. Si le législateur a fait un oubli en laissant ce fait impuni, c'est regrettable, mais il faut s'incliner devant les limites posées par lui, de même que nous nous inclinons lorsqu'au lieu de punir la tentative comme le crime lui-même, il en fait un simple délit, conformément à l'ancienne jurisprudence.

Quant à la subornation du témoin, le Code ne l'a pas punie d'une manière distincte et comme un délit *sui generis, parce que l'article 60 ne s'y appliquait pas.* Tous les criminalistes sont d'avis que la subornation n'est punie que comme un acte de complicité (Bourguignon, Carnot, Rauter), en effet, le suborneur *provoque* au faux témoignage suivant l'esprit de l'article 60. Mais le Code de 1810 avait considéré que l'acte du suborneur était plus immoral que celui du faux témoin ; il l'avait en conséquence puni d'une peine plus élevée. La disposition de l'article 60 devenait dès lors insuffisante, il fallait éditer celle de l'article 365. — La loi du 28 avril 1832 se contenta d'adoucir cette pénalité et *de la réduire* au même taux que celle du faux témoignage. Elle aurait pu supprimer sans inconvénient

l'article 365 ; si elle ne le fit pas, c'est afin qu'on ne crût pas qu'à l'avenir le crime de subornation resterait impuni. L'article 60 s'y appliquait naturellement

On pourrait choisir d'autres exemples : l'article 340 punit celui qui étant engagé dans les liens d'un premier mariage en contracte un second ; pourrait-on soutenir que la coopération de l'autre conjoint étant indispensable pour que le mariage puisse être célébré, celui-ci ne se rendrait pas complice s'il avait connaissance du mariage ? Mais ce serait renoncer à prévenir le crime que de ne pas frapper ceux dont l'assistance le favorise si directement. La loi doit être d'autant plus sévère contre eux que sans leur participation le crime n'aurait pû être commis.

De semblables poursuites sont rares parce que l'époux qui veut contracter de nouveaux liens a soin de dissimuler les premiers. Toutefois, sous l'empire du Code pénal de 1791, les peines de la complicité ont été appliquées au conjoint d'une femme bigame (12 pluviôse an XIII, Cour de cass., sect. crim.; v° Dalloz, bigamie n° 10). Or l'article 340 du Code pénal, reproduisant exactement l'article 33 du Code de 1791, la décision devrait être la même aujourd'hui.

La théorie qui invoque pour l'existence de la complicité des faits positifs, extrinsèques au délit, n'est-elle pas d'ailleurs renversée d'une manière irréfragable par le texte du Code pénal? En matière d'adultère l'article 368 nomme complice *l'amant de la femme*. Il est vrai que la Cour de Paris a jugé, le 6 avril 1842 (conformément à l'opinion de M. Carnot et de M. Rauter), que la concubine, entretenue dans le domicile conjugal, n'est pas punie comme complice du mari, parce que l'article 339 n'incrimine que celui-ci et que le Code pénal a établi des principes spéciaux pour le délit d'adultère. Mais en supposant que cette interprétation soit juste, ce que nous ne pouvons admettre, elle ne serait qu'une conséquence de ce principe, qu'il faut ne pas recourir aux principes généraux pour les cas non prévus par la loi spéciale qui déroge au droit commun sur la complicité.

Le jugement du tribunal correctionnel de Castellane, ayant été déféré à la Cour impériale d'Aix, est intervenu l'arrêt suivant :

« Attendu, cependant, que le tribunal de Castellane, en

» condamnant le prévenu Long et en reconnaissant les fins de » la plainte justifiées, en fait, à l'encontre de Dauthier et de » Gastinel, a acquitté ces deux prévenus, parce que les prin- » cipes de la complicité ne lui ont pas paru applicables en cette » matière;

» Attendu que l'article 412 du Code pénal, punissant ceux » qui par dons ou promesses auront écarté les enchérisseurs, » doit se combiner avec les articles 59 et 60 du même Code;

» Attendu, en effet, que le délit en question ne consiste » pas dans un fait personnel indépendant de toute coopé- » ration;

» Qu'il résulte, au contraire, d'un accord frauduleux que la » loi a voulu atteindre pour assurer la vente des propriétés à » leur véritable valeur, et qu'il n'y a aucune raison d'écarter » ici les principes ordinaires de la complicité, condamne, etc. » 31 août 1858.

On peut citer, suivant nous, comme étant rendu en sens contraire, quoique l'espèce ne soit pas la même, l'arrêt par lequel la Cour de Bordeaux a jugé, le 17 novembre 1854, que le fait par un créancier inscrit de renoncer à surenchérir, moyennant l'engagement pris par l'adjudicataire de lui payer le montant intégral de sa créance, ne constitue pas le délit d'entraves à la liberté des enchères.

« Attendu, dit la Cour, que des conventions intervenues » entre Dupouy et Desbiat, lesquelles servent de base à la pré- » vention, ainsi que de l'information et des débats, il ne résulte » qu'une chose à savoir : que la créance hypothéquée de Dupouy, » inscrite sur les immeubles de Bacqué, son débiteur, pouvant » ne point obtenir une collocation utile, du moins en totalité, » Dupouy aurait renoncé à la faculté de surenchérir sur l'im- » meuble acquis par Desbiat, moyennant l'engagement pris par » ce dernier de payer audit Dupouy le montant de ladite créance; » attendu qu'il n'est point suffisamment justifié que Dupouy vou- » lût et dût recevoir des mains de Desbiat une somme quel- » conque en-sus de celle qui lui était légitimement due par » Bacqué; attendu que le fait ainsi établi, on ne saurait voir » dans l'action de Dupouy le délit prévu par l'article 412 du » Code pénal, même en supposant que cet article puisse s'ap- » pliquer à l'individu qui accepte des dons ou promesses pour » ne pas surenchérir, comme à celui qui les fait; question in-

» utile à examiner dans l'espèce ; attendu que Dupouy ne pou-
» vait être obligé de se soumettre aux embarras, et aux frais
» et charges d'une surenchère, pour obtenir un payement que
» le consentement de l'acquéreur lui assurait, et pour une
» créance légitime; attendu d'ailleurs que l'intention dudit
» Dupouy peut d'autant moins être considérée comme cou-
» pable, qu'il est établi que la convention incriminée a été
» faite en présence d'un notaire. »

Nous ne saurions, avec l'arrêtiste du Recueil de M. Dalloz, accepter cette proposition même dans le cas où le créancier n'a pas subrogé l'adjudicataire dans ses droits contre le débiteur. La Cour de Bordeaux nous paraît avoir perdu de vue que la loi a voulu proscrire les conventions qui interviennent entre les adjudicataires et les surenchérisseurs, parce qu'elles ont pour objet de soustraire la vente à la publicité. Elle oublie que la faculté de surenchérir est un moyen organisé par la loi, non pas seulement dans l'intérêt des créanciers, mais encore du propriétaire de l'immeuble vendu. Si un tiers veut surenchérir, c'est qu'il pense ou que les offres arriveront assez haut pour le désintéresser, ou que tout au moins la valeur de l'immeuble, dont il restera adjudicataire, représentera sa créance, les créances qui le priment une fois payées. Si d'autre part l'adjudicataire, au lieu de surenchérir, consent à désintéresser ce créancier en sus du prix d'adjudication, c'est parce qu'il croit avoir acquis à un prix inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, et faire une bonne affaire en empêchant la revente.

En réalité, la propriété, par le fait de la surenchère, est remise en question, et celui qui est certain d'y gagner, c'est le saisi qui se libère pour sûr d'une valeur égale au sixième du prix d'adjudication, et qui, en outre, a l'espérance de voir à de nouvelles enchères le prix s'élever encore. Le saisi ne peut donc que gagner à l'observation des formalités légales. Supprimez-les, au contraire, et substituez-leur les conventions arbitraires des parties, le créancier et l'adjudicataire se feront, je n'en doute pas, une condition meilleure, mais au préjudice du saisi; car, si la somme que l'adjudicataire consent à donner au surenchérisseur est inférieure au sixième légal, il est privé de la différence, puisqu'il n'est pas libéré. Le saisi est privé, en outre, de l'éventualité que dans sa sagesse la loi lui réservait, de voir, à la chaleur des nouvelles enchères, se réaliser en de-

niera la valeur d'une propriété qui dans sa pensée avait été vendue à vil prix.

Nous considérons ces lois comme d'ordre public, et toute spéculation qui a pour effet de les enfreindre constitue le délit de l'article 412. Qu'importe, en effet, que le surenchérisseur ne reçoive que l'intégralité de sa créance ou une somme supérieure, puisqu'il ne pourrait être légalement payé qu'en déclarant la surenchère ; qu'il ne peut renoncer à celle-ci sans méconnaître tous les droits du saisi et toutes les garanties que la loi a créées en sa faveur.

Comme l'enchérisseur il fait un concert frauduleux; son abstention en est le résultat, et c'est là qu'elle puise son caractère criminel. Pourrait-on soutenir que l'adjudicataire qui s'entendrait, avant la première adjudication, avec certains créanciers pour leur payer le montant de leur créance, à la condition qu'ils ne feraient pas d'offres aux enchères, ne commettraient pas de délit? Or la situation est toujours là même.

Espérons que la jurisprudence marchera d'un pas plus ferme et plus assuré dans la voie de la répression. Les manœuvres clandestines, qui ont pour but d'obtenir au rabais des entreprises de travaux publics et devant les notaires des propriétés à vil prix, sont d'autant plus communes que l'adjudication a lieu dans de petites localités loin de la surveillance des autorités judiciaires. Il est des tribunaux, dans l'empire, qui retiennent toutes les licitations afin de déjouer plus sûrement les odieuses machinations des enchérisseurs ; remède onéreux pour les intéressés et stérile, car, sous les yeux mêmes des magistrats, les contrats que nous proscrivons reçoivent leur exécution : le remède le plus efficace, c'est la certitude de la répression pour tous ceux qui y prennent part. Si la loi pénale ne fait pas respecter énergiquement les prescriptions de la loi civile, tous ceux qui sont obligés de subir celle-ci, la maudiront comme une loi tyrannique, qui leur enlève la disposition de leurs biens et les livre en pâture à la fraude et à la spoliation.

PAUL BERNARD.

DU MOUVEMENT DES IDÉES EN ALLEMAGNE

VERS L'UNITÉ DE LÉGISLATION,

Par M. DE VALROGER fils, docteur en droit, avocat à la Cour impériale.

Kritische Ueberchau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr Arnds, Dr C. Bluntschli, Dr J. Pozl, professoren der Rechte; Sechster Band, zweites Heft. — Munich, 1858. (*Revue critique de la législation allemande et de la science du droit*, publiée par les docteurs Arnds, Bluntschli, Pozl, professeurs en droit. 6e vol. 2e part. Munich, 1858). —Oesterreichische Vierteljahresschrift für Recht und Staatswissenschaft, Herausgegeben von Dr Franz Haimerl, professor der Rechte in Wien I. Band, I Heft. Wien, 1858. (*Revue trimestrielle autrichienne pour la science du droit et les sciences politiques*, publiée par le docteur Franz Haimerl, professeur en droit à Vienne, 1er vol. 1re partie.—Vienne, 1858.)

La *Revue* a constamment pris soin jusqu'ici de tenir ses lecteurs au courant des principales revues et publications allemandes : c'est une bonne habitude qu'elle ne perdra pas.

Les années 1857 et 1858 ont été fécondes en publications de toutes sortes. Mais il est un sujet qui semble avoir été particulièrement l'objet, pendant ces deux années, de la prédilection et des études de l'Allemagne : je veux parler de l'unité du droit.

L'idée de donner à la patrie allemande une législation uniforme n'est pas nouvelle. Mais pendant longtemps tout s'était à peu près borné à des aspirations vagues. En 1844 fut fondée en Allemagne une *Revue* qui avait précisément pour but de préparer la réalisation de cette pensée. Elle parut sous ce titre : *Revue du droit des peuples et de la législation nationale* (Zeitschrift für volksthümliches recht und nationale gesetzgebung), et fut aussitôt signalée dans la *Revue de législation* (voir 1844, II, p. 83). La *Revue du droit des peuples*, tant par les travaux qu'elle a provoqués que par ceux qu'elle a elle-même produits, a rendu d'importants services. Mais la cause de l'unité du droit a été surtout servie par l'influence qu'ont dû exercer sur les idées les événements de 1848. A cette époque, des esprits ardents songèrent à reconstituer l'unité politique de la patrie allemande. Un parlement fut convoqué dans ce but à Francfort. La tentative était prématurée : la constitution politique de l'Allemagne n'a pas été changée. Mais, au milieu de tant d'idées destinées à s'évanouir, il y en avait une qui devait

survivre au naufrage, c'était celle de l'unité du droit. Le parlement de Francfort, faisant un premier pas dans cette voie, promulgua une loi sur les lettres de change, applicable à toute l'Allemagne [1].

Depuis cette époque l'idée d'un droit uniforme a fait de rapides progrès. Les nombreuses publications et les importants travaux des deux dernières années en sont la preuve. Je signalerai tout à l'heure les tentatives faites, pendant cette période, soit dans la sphère du droit criminel, soit dans celle du droit commercial. Mais auparavant je dois signaler un ouvrage qui, à cause du point de vue général auquel il s'est placé, demande à être envisagé à part. C'est un livre de M. Fried. Nöllner, publié à Leipsik en 1857, sous ce titre : *Die deutschen enheits bestrebungen im sinne nationaler gesetzgebung und rechtspflege* (Efforts de l'Allemagne vers l'uniformité du droit national). L'auteur s'occupe des jurisconsultes et de la législation de l'Allemagne depuis 1848, des efforts déjà faits pour l'unité du droit. Il s'étend sur le rôle que doit jouer ici l'Assemblée fédérale. Il parle de la réforme opérée pour les lettres de change et des travaux faits pour préparer un Code de commerce. Enfin il termine par ces mots : « En Autriche l'unité politique repose sur l'unité du droit. L'Allemagne a besoin de cette dernière unité. Il est toujours vrai de dire : *Justitia regnorum fundamentum.* »

Après cet aperçu général, parlons spécialement de ce qui a été fait dans les deux dernières années.

§ 1.

Droit et procédure criminelle.

I. L'empire d'Allemagne avait été doté au XVIe siècle par Charles-Quint d'une législation criminelle uniforme. C'était l'ordonnance connue sous le nom de *Caroline*. A la fin du XVIIIe siècle cette ordonnance formait encore la base principale du droit

[1] L'ordonnance sur les lettres de change avait été préparée par une conférence spéciale, réunie à cet effet à Leipsik en 1847. L'Assemblée nationale de Francfort, par décret du 26 novembre 1848, la promulgua pour avoir force de loi dans tout l'empire à dater du 1er mai 1849. La validité de ce décret ayant été contestée, la plupart des pays de la Confédération ont publié l'ordonnance par un acte spécial. V. *Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit den gesetzlichen Modificationen der einzelnen Staaten*, herausgegeben von Dr Brentano Furth. 1851. (*Rev. de législ.* 1852, II, p. 71.)

criminel dans toute l'Allemagne. Des lois spéciales, il est vrai, avaient été publiées dans la plupart des États; mais ces lois ne contenaient que des dispositions isolées sur certains points : la *Caroline* continuait à régir ces États comme *droit commun* de la matière.

En 1794 la Prusse publia un Code général (Allgemeines landrecht für die Preussischen staaten), et dans ce Code elle donna une place au droit criminel, qui reçut ainsi pour la première fois, en dehors de l'ordonnance de Charles-Quint, une codification complète. A l'exemple de la Prusse, l'Autriche en 1803 publia également un Code pénal. En 1813 la Bavière en reçut un du célèbre Feuerbach. Ce Code, l'année suivante, fut adopté avec quelques modifications par le grand-duché d'Oldenbourg.

A partir de 1814 jusqu'en 1838, pendant une période de vingt-cinq ans, aucun Code nouveau n'apparut. Les esprits cependant ne restaient point inactifs. Les jurisconsultes préoccupés de la réforme des lois dirigeaient spécialement leurs études vers cette partie du droit. De cette époque datent presque tous les ouvrages qui ont rendu célèbres dans le monde juridique les noms de Grollman, de Titmann, de Henke, de Oersted, de Mittermaier, de Rorshirt, de Bauer, de Zoepfl. Ces ouvrages préparaient de nouvelles réformes.

En 1838, le royaume de Saxe publia un Code qui eut le premier l'honneur d'être discuté publiquement et adopté par des Chambres législatives. Le grand-duché de Saxe-Weimar et le royaume de Wurtemberg suivirent presque immédiatement cet exemple auquel se sont conformés successivement depuis la plupart des autres États.

L'Allemagne n'a donc plus aujourd'hui de droit commun en matière criminelle. La Caroline qui formait ce droit commun a été remplacée dans presque tous les États par des Codes nouveaux mis en rapport avec la science moderne. Mais la science qui jusqu'ici s'était bornée à préparer les réformes au sein de chaque État, paraît vouloir entrer dans une voie plus large. Suivant le mouvement des idées vers l'unité, des criminalistes s'appliquent à formuler la théorie générale d'un droit criminel allemand et à préparer ainsi un retour vers l'uniformité de ce droit, mais sur des bases nouvelles.

Tel est l'objet d'un ouvrage dont nous rend compte une revue autrichienne dans la 1re partie de son 1er volume de l'an-

née 1858 [1]. Cet ouvrage composé par M. Krug, et publié à Erlangen en 1857, porte ce titre : *Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland* (Esquisse d'une législation pénale pour toute l'Allemagne). L'auteur n'a pas voulu faire une loi idéale sans application possible, mais une loi facilement applicable, tenant compte des besoins et des nécessités de la pratique. L'ouvrage se compose de deux parties, l'une générale, l'autre spéciale. La partie générale est conçue d'après le plan suivi d'ordinaire en Allemagne. Quant à la partie spéciale, elle embrasse dans onze chapitres les crimes contre l'État et contre l'ordre public, le parjure, la fausse accusation, les crimes contre la vie et la santé, l'incendie, le rapt, le viol, la banqueroute et la fausse monnaie. Voilà le plan de l'ouvrage : nous n'en dirons pas davantage, nous contentant de signaler son but et sa portée.

II. Au moment où M. Krug préparait ainsi l'unité dans la sphère du droit pénal, paraissait un autre ouvrage destiné à la préparer également dans la sphère de la procédure criminelle.

Les divers États de l'Allemagne, sous le rapport de la procédure criminelle, peuvent se diviser en quatre groupes. Je mettrai en première ligne des États dont la procédure a été entièrement reformée, et qui ont aujourd'hui une procédure accusatoire avec jury, débat oral et public. Ces États sont la Prusse, le duché de Brunswick, la Thuringe, la principauté d'Anhalt-Bernbourg, la principauté de Waldeck, le royaume de Hanovre, l'électorat de Hesse-Cassel, le duché d'Oldenbourg, Francfort, les provinces du Rhin. — Viennent ensuite des États chez lesquels la réforme n'a été que partielle et qui n'ont admis la juridiction du jury que pour les crimes les plus graves, conservant dans tous les autres cas la vieille procédure inquisitoire. A cette seconde classe appartiennent le grand-duché de Hesse-Darmstadt, le royaume de Bavière, la principauté de Nassau, le royaume de Wurtemberg, et le grand-duché de Bade. — Dans quelques autres États on trouve, pour les affaires importantes, un procureur de l'État et des débats publics, mais sans jury. Tel est le droit de la Saxe et de l'Autriche. — Enfin la vieille procédure inquisitoire règne encore dans le duché de Saxe-Cobourg-Gotha, dans les villes libres de Lubeck, de Brême

[1] Oesterreichische Vierteljahresschrift von Dr Haimerl. (*Revue trimestrielle autrichienne*, du docteur Haimerl.)

et de Hambourg, dans les duchés de Holstein, Lauenbourg, Mecklenbourg, dans les principautés de Lippe-Schaunbourg, Detmold, et Reuss.

Tel est aujourd'hui l'état de la procédure criminelle en Allemagne. Beaucoup de gouvernements, on le voit, conservent encore en tout ou en partie les principes de la procédure inquisitoire, tandis que d'autres, répudiant ces principes surannés, ont réglé leur procédure criminelle sur des bases nouvelles. Coordonner les diverses réformes, les exposer dans un ordre systématique, et en faire un tout qui puisse servir de modèle, c'est là assurément un des meilleurs moyens, non-seulement de les propager, mais encore de préparer entre les divers États l'uniformité de la procédure criminelle. L'ouvrage que nous avons signalé plus haut a précisément pour objet de présenter cette exposition systématique et rationnelle. Ce livre dû à M. Plank et publié à Gœttingue en 1857, a pour titre : *Systematische darstellung des Deutschen strafverfahrens auf grundlage der neueren strafprozessordnungen seit* 1848. (Exposition systématique de la procédure criminelle allemande d'après les nouvelles ordonnances sur la procédure criminelle rendues depuis 1848). Il est peut-être regrettable que l'auteur n'ait pas commencé son livre par un exposé sommaire de l'état de la procédure criminelle dans les divers États. Mais cet ouvrage tel qu'il est rendra de bons services à la cause pour laquelle il a été entrepris.

Il est à croire pourtant que d'ici à longtemps encore l'unité ne pourra être établie ni dans le droit pénal, ni dans la procédure criminelle. La législation criminelle est liée intimement au système politique. Tant que les systèmes politiques seront divers, les législations criminelles le seront aussi.

Il est un autre terrain sur lequel les aspirations de l'Allemagne vers l'unité semblent devoir atteindre leur but dans un avenir plus prochain. Je veux parler du droit commercial.

§ 2.

Droit commercial.

Les intérêts matériels ont abaissé, sous beaucoup de rapports, les barrières qui existaient entre les divers États de l'Allemagne. Les douanes, les postes, les monnaies, les télégraphes, les che-

mins de fer ont été centralisés. Ces progrès en préparaient nécessairement un autre. En facilitant et multipliant les relations commerciales, ils devaient faire sentir plus que jamais les inconvénients qui résultent de la diversité des lois du commerce, et ils devaient par suite inspirer le désir de faire cesser cette diversité. C'est ce qui est arrivé. L'Allemagne, nous l'avons dit, a déjà été dotée d'une législation uniforme sur les lettres de change (V. *suprà*, p. 160). Aujourd'hui il se prépare une réforme plus complète embrassant toute la législation commerciale.

La revue critique (Kritische Ueberschau) publiée à Munich (VIe vol., 2e part. 1858) nous donne sur le projet d'un Code de commerce des détails qu'il n'est peut-être pas sans intérêt de résumer ici [1].

L'impulsion est partie de l'Assemblée fédérale elle-même. L'idée en fut émise par la Bavière dans la séance du 21 février 1856 : « L'immense influence, disait la Bavière, que le commerce et l'industrie exercent aujourd'hui sur la vie des peuples, fait désirer que, dans les rapports de cette nature, la plus grande union règne entre tous les membres de la confédération. Il serait surtout à désirer qu'on eût un Code de commerce uniforme pour toute l'Allemagne. Ce qui a été fait pour le droit de change montre par quelle voie le but pourrait être atteint. » La proposition de la Bavière se formulait ainsi : « Instituer une commission pour jeter les bases d'un Code de commerce pour tous les États de la confédération germanique, et à cette fin inviter tous les États qui seraient disposés à envoyer à leurs frais des jurisconsultes et des magistrats à le faire savoir dans le délai de six semaines. »

Quelques explications sont ici nécessaires. Il ne pouvait être question, remarquons-le bien, de rédiger un projet qui, une fois admis par l'Assemblée fédérale, servirait de loi pour toute l'Allemagne et serait imposé à tous les États. L'Assemblée fédérale n'aurait pas eu un pareil droit. D'après l'art. 64 de l'arrêté de Vienne, si des projets d'intérêt général dont le but ne peut être atteint que par la participation de tous les États sont communiqués à l'Assemblée fédérale par un des États, et que l'Assemblée soit convaincue de leur opportunité, il lui est loisible de prendre en considération les moyens d'arriver à la solution, et

[1] L'ouvrage de M. Nöllner, dont il a été parlé plus haut (p. 160), contient, dans un appendice, les principaux actes officiels relatifs à ce projet.

de faire tous ses efforts pour obtenir à cette fin une entente entre les divers membres de la confédération. Mais son droit ne va pas plus loin. L'Assemblée fédérale ne pouvait donc ici que faire tous ses efforts pour établir, relativement au projet, l'entente nécessaire entre les divers États : elle pouvait le leur recommander, mais elle ne pouvait pas le leur imposer. — Telle était aussi la pensée de la Bavière ; car elle n'emettait sa proposition que pour *préparer les voies* à une législation uniforme.

Pour suivre la marche ordinaire, la proposition fut envoyée au comité du commerce (*handelspolitischen*). Le comité fit un rapport entièrement favorable à la proposition de la Bavière. La Prusse présenta des observations. Elle combattit l'idée de confier à quelques hommes la rédaction d'un projet qui devrait servir de base à la discussion, et elle proposa de suivre le procédé qu'on avait déjà suivi pour les lettres de change. A la conférence de Leipsik, la Prusse avait proposé un projet soigneusement rédigé qui forma la base de la discussion [1]. Rien n'empêchait de suivre ici la même marche. La Prusse en effet déclarait que depuis longtemps, et par suite de l'impulsion qu'elle avait reçue des débats sur les douanes, elle s'était occupée de composer un projet de Code de commerce qui dans quelques mois devait être complétement achevé. Sur ces observations, la formation d'une commission fut ajournée. La Prusse travailla alors activement à l'achèvement de son projet et, dans la séance du 13 nov. 1857, elle annonça que ses travaux seraient communiqués le 1er décembre.

C'était un grand pas fait. Ainsi se trouvait acquise la preuve qu'une législation commerciale uniforme pouvait être substituée aux variétés antérieures. La Prusse présente en effet sur une moindre échelle les mêmes difficultés que l'Allemagne présentait sur une plus grande. Il y règne simultanément trois législations commerciales différentes, un droit commun, le droit français et des usages particuliers.

Par un arrêté du 18 décembre 1857, l'Assemblée décida que les divers États seraient invités à envoyer des commissaires, et que la conférence s'ouvrirait à Nuremberg le 15 juin 1858. La tâche de la commission fut ainsi tracée : « La commission est

[1] Ce projet de loi avait été élaboré en Prusse dès les années 1836 et 1838, ainsi que le rapporte M. Mittermaier. (*Revue de lég.*, 1844. I, p. 502.)

chargée de composer un Code de commerce complet, et de le présenter à l'Assemblée fédérale pour qu'il soit ensuite proposé aux divers États qui pourront le soumettre à une élaboration nouvelle. » Il fut convenu que les décisions seraient prises à la simple majorité, et que chaque État aurait une voix, alors même que plusieurs seraient représentés par le même commissaire.

L'ouverture de la conférence eut lieu au jour fixé. La plupart des États s'y étaient fait représenter. La première lecture, commencée le 21 juin, remplit 98 séances. La seconde lecture, commencée le 15 septembre, prit 78 séances.

Les travaux de la commission de Nuremberg ont été livrés à la publicité. Je citerai d'abord la publication faite par M. Wilhelm Endemann : « Der Entwurf eines deutschen Handelgesetzbuches in seinen drei ersten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen von Wilhelm Endemann, Obergerichts assessor. » (Projet d'un code de commerce dans ses trois premiers livres, publié et annoté par Wilhelm Endemann, assesseur du tribunal supérieur). Erlangen ; chez Emker, 1858, gr. 8°. M. Wilhelm Endemann, sous ce titre, avait publié, en l'accompagnant de notes et de critiques, le projet de Code arrêté par la commission après la première lecture. Une publication beaucoup plus importante est celle due à M. Lutz. Premier secrétaire de la commission, M. Lutz a été chargé par elle de donner une édition officielle des débats ainsi que des divers projets. Cette édition a paru à Wursbourg en 1858 sous ce titre : « Protokolle der commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Im Auftrag dieser commission herausgegeben von Lutz ersten secretär der commission » (Protocolles de la commission chargée de préparer un Code de commerce général pour toute l'Allemagne, publiés d'après son ordre par M. Lutz, premier secrétaire de la commission).

On voit avec plaisir par cette dernière publication que la commission de Nuremberg, dans son désir de l'unité, n'a pas montré un absolutisme étroit qui eût compromis le succès de l'entreprise. Le projet, dans sa rédaction définitive, laisse une certaine latitude aux idées et aux usages des divers États. Je ne citerai qu'un exemple. La question de savoir si, pour l'établissement d'une société par actions, l'autorisation de l'État doit être exigée, a été des plus débattues dans la commission. La néces-

lité d'une autorisation a été reconnue en principe, mais avec ce tempérament que la législation particulière d'un État pourrait en disposer autrement. Grâce à cette concession, les villes hanséatiques, par exemple, qui sont les adversaires les plus décidés de l'autorisation préalable, pourront néanmoins adopter le projet, puisque ce projet lui-même leur reconnaît la faculté de le changer en ce point.

Tout fait donc espérer que l'entente s'établira entre les divers États au moins sur les dispositions capitales du projet, et qu'ainsi l'Allemagne aura bientôt un droit commercial à peu près uniforme.

De grands résultats seront alors obtenus. L'uniformité du droit commercial établie, les relations commerciales des divers États de Allemagne qui se trouvaient jusqu'ici gênées, inquiétées par les différences de législation, prendront un nouvel essor. Par la même raison, les relations commerciales de l'Allemagne avec les autres États des deux mondes devront aussi gagner en importance. En effet, ce ne sont pas seulement les Allemands qui ont eu à souffrir de cet éparpillement de lois et coutumes diverses ; ce sont aussi et surtout les étrangers qui, moins encore que les Allemands, pouvaient les connaître et les apprécier. L'Allemagne une fois dotée d'un Code général de commerce, chacun pourra avoir ce Code sous sa main et y recourir à son gré. On connaîtra désormais au juste les conséquences et la portée de ses engagements, l'étendue de ses droits. Le projet dû à la noble initiative de la Bavière ne mérite donc pas seulement les sympathies de l'Allemagne ; il mérite aussi celle de tous les peuples qui ont avec elle des relations de commerce.

L. M. DE VALROGER.

TENTATIVE D'AVORTEMENT. — MÉDECIN.

Par M. Girard de Vasson, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

On sait que la loi pénale, interprétée sur ce point par une jurisprudence constante, n'atteint point la femme à raison de la simple tentative d'avortement exercée sur elle-même. C'est

la disposition textuelle, et très-claire, du § 2 de l'article 317 du Code pénal.

Cette exception se justifie par les considérations les plus puissantes.

La santé des femmes est exposée, par les accidents et les caprices de la gestation, à des périls qui pourraient trop légèrement faire accuser leur innocence. La loi a dû s'arrêter devant les ténèbres où la médecine elle-même est souvent impuissante à porter la lumière. Il est des mystères qui doivent être respectés, même au prix de l'impunité, car on ne pourrait les toucher d'une main sûre, et les intérêts de la morale elle-même parlent plus haut que ceux de la vindicte publique en faveur de cette immunité nécessaire accordée à la femme par la décence et l'humanité de nos lois.

Ces motifs de pudeur publique qui ont fait reculer la loi devant l'honneur des femmes, quand il s'agit d'avortements non consommés, ne doivent-ils pas suffire pour mettre également à l'abri de toutes poursuites, dans des cas identiques, les hommes de l'art qui leur ont donné leurs soins?

Les mêmes considérations ne militent-elles pas en faveur du médecin aussi bien qu'en faveur de la femme?

Cette question reste toujours posée devant le monde jurisconsulte, puisque la doctrine, d'une part, et la Cour de cassation, d'une autre part, s'obstinent, encore aujourd'hui, à la résoudre en sens opposés [1].

Elle n'a donc rien perdu de son intérêt, et cet intérêt paraît grand, car il touche à ce qu'il y a de plus délicat dans les droits de la vindicte publique et dans les légitimes prérogatives d'une profession difficile et justement honorée, la médecine.

S'il importe à la société que la vindicte publique ne soit pas désarmée devant les attentats qui blessent la morale, il n'importe pas moins à l'humanité et à la morale elle-même que l'art de guérir soit protégé, par de légitimes immunités, contre des soupçons injurieux et téméraires, contre des recherches indis-

[1] V. Cassat. 16 octobre 1817, — 17 mars 1827, — 15 avril 1830.

Contrà : Legraverend, *Législ. crim.*, t. I, p. 121. — Carnot, *Comment. Code pénal*, t. II, p. 63. — Bourguignon, t. III, p. 292. — Rauter, t. II, p. 39. — Duverger, *Manuel du juge d'instr.*, t. I, n° 15, p. 134. — Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. IV, p. 62 et suiv.

crètes qui exposeraient, sans nécessité sociale, l'honneur de ceux qui l'exercent.

C'est ce double intérêt mis en jeu qui explique la persistance de cette lutte entre la doctrine et la jurisprudence.

Dans les deux camps, les arguments de textes ont été épuisés, et, si les criminalistes ont été unanimes pour repousser la jurisprudence de la Cour de cassation, d'un autre côté la Cour suprême ne paraît pas disposée à revenir sur ses premiers arrêts.

La vivacité de ce conflit en signale assez l'importance. C'est une raison, à nos yeux, pour le recommander plus spécialement à l'attention des lecteurs d'une *Revue* destinée, ce semble, à mettre incessamment à l'étude toutes les questions qui ne s'agitent si vivement sur les sommités de la magistrature et de la science que parce qu'elles sont dignes des méditations des jurisconsultes.

Pour refuser aux hommes de l'art les immunités accordées par la loi pénale aux femmes dans le cas de tentative d'avortement, la Cour de cassation s'appuie sur le principe général qui, en matière pénale, assimile toujours la simple tentative du crime au crime consommé lui-même [1], et, à ce point de vue qui domine toute son argumentation dans les arrêts qu'elle a rendus jusqu'à ce jour, elle interprète contre le médecin le silence de la loi à son égard, et elle restreint à la femme seule la faveur exceptionnelle contenue dans le deuxième paragraphe de l'article 317.

Les criminalistes, au contraire, sont unanimes pour repousser, en matière d'avortement, cette assimilation de la tentative au crime consommé.

Suivant eux, cette assimilation, qui est naturelle et logique en tout autre matière pénale, ne le serait point en celle-ci. Dans leur opinion, le véritable *droit commun*, en matière d'avortement, ce n'est point celui qui régit les crimes ordinaires. Ce crime est *sui generis*. Il a dû être touché d'une main légère. Le législateur de 1810 n'a point manqué à ce devoir. S'il a soustrait à l'empire du droit commun pénal la femme qui a tenté un avortement sur elle-même, les mêmes raisons de décence publique qui ont commandé cette indulgence envers la femme, doivent couvrir le médecin qui lui a donné des soins, et qui,

[1] Code pénal, art. 2.

comme elle-même, ne pourrait, sans dommage pour la décence publique et l'honneur de la femme, être exposé à des poursuites criminelles, lorsque l'avortement n'a pas été consommé.

Ces considérations d'une haute convenance n'ont point échappé, en effet, au législateur de notre Code; il en a été gravement préoccupé. Il s'en est expliqué, en termes formels, au sein du Conseil d'État[1], où la loi fut élaborée, et devant le Corps législatif par l'organe de l'orateur du gouvernement, qui disait, dans l'exposé des motifs du projet de loi, que « la loi » présentée n'atteignait que les auteurs des avortements con- » sommés, et qu'en cette matière la *nature* des *choses* prescrivait » de s'en tenir là. »

N'est-ce pas, en effet, pour n'avoir pas assez tenu compte de « la *nature* des *choses*, » que la Cour de cassation a fait à ce cas l'application d'un principe de droit commun que ne semble pas comporter la matière?

Nous demandons la permission d'attirer les méditations du lecteur sur quelques considérations qui, peut-être, n'ont été qu'incomplétement indiquées par les criminalistes, mais qui, à notre sens, sont déterminantes en faveur de la doctrine qu'ils ont opposée à celle de la Cour de cassation.

Et d'abord, qu'on nous permette de le dire, les arguments tirés des textes ne prouvent rien, parce qu'on veut leur faire prouver trop.

L'assimilation de la tentative au crime même est un principe sans doute. C'est une grande vérité judiciaire, un progrès fécond, une conquête du spiritualisme sur les influences contraires qui faisaient dépendre le châtiment encouru de l'issue des faits, et qui mesuraient la moralité des actions au succès. Il était digne de la moralité d'un peuple civilisé d'abandonner ces grossiers errements pour ne s'attacher qu'à l'intention qui, seule, en effet, fait le crime. Mais ce principe, si général qu'il soit, a, comme tous les autres principes, ses limites légitimes dans la nature même des choses. Le législateur ne l'a pas admis pour les simples délits en général. Il l'a restreint aux crimes. Le domaine de cette vérité judiciaire n'est donc pas illimité et absolu.

[1] Séance du 26 août 1809.

Mais si ce principe embrasse tout notre système pénal et domine l'ensemble de notre Code, s'ensuit-il nécessairement qu'il absorbe celles mêmes de ses dispositions exceptionnelles, qui, à raison de la nature même des choses, seraient incompatibles avec ce principe? Non, sans doute. C'est donc « la *nature des choses* » qui doit prévaloir, et qui parle, en effet, plus haut que le texte général. Le silence d'un article isolé du Code ne doit donc s'interpréter, dans le sens du texte général, qu'autant que la nature des choses n'y résiste pas. Il faut, en un mot, laisser ce principe général dans son domaine légitime, mais ne pas le faire régner sur ce qui lui est étranger.

Ainsi donc le silence de la loi dans l'article 317, en ce qui concerne les personnes de l'art, ne saurait être logiquement interprété contre elles. Ce silence, en effet, s'explique fort naturellement dans l'ordre d'idées qui dominait le législateur quand il a édicté l'article 317.

Que se proposait-il, en effet? de protéger l'enfant, pendant la gestation, contre des manœuvres criminelles, mais en respectant la pudeur de sa mère.

Eh bien! si la mère seule était à l'abri des investigations judiciaires, et que son médecin ne le fût pas, la pudeur de cette femme, évidemment, ne serait pas respectée, le voile serait déchiré nécessairement, car l'accusation publique, bien que dirigée contre le médecin seul, entraînerait des débats qui mettraient forcément en jeu et jetteraient dans l'arène de la Cour d'assises l'honneur de la mère elle-même. Qui ne voit en effet que non accusée, il est vrai, mais témoin lié au procès, ou même absente, la femme n'en serait pas moins l'intérêt réel du drame judiciaire, l'objet inévitable du procès? On doit donc croire que les mêmes considérations de décence publique qui, dans le cas de simple tentative d'avortement, n'ont pas permis au législateur de traîner l'honneur d'une femme en Cour d'assises, lui ont défendu aussi de laisser débattre cet honneur sur le banc des témoins, à côté de son médecin assis sur celui des accusés. Pourquoi donc quand le législateur a dit, d'une manière générale, « qu'il ne voulait atteindre que les avortements » consommés, et qu'en cette matière la nature des choses » prescrivait de s'en tenir là, » pourquoi ne pas admettre que c'était le médecin lui-même, tout aussi bien que la femme, que le législateur avait en vue dans cette indulgence calculée?

Le texte même de la loi est loin de résister à cette interprétation.

Il est remarquable que l'article 317, dans ses trois premiers paragraphes, emploie des termes qui semblent choisis exprès pour prouver, en les prenant dans leur sens direct et naturel, que, dans aucun des cas qu'embrassent ces trois paragraphes, la tentative d'avortement n'est atteinte comme l'avortement consommé lui-même.

Dans le § 1er il ne s'agit que d'un simple particulier qui, avec ou sans le consentement de la femme, a *procuré* l'avortement de celle-ci, dit la loi. On peut croire que ce n'est pas sans dessein que le texte se sert de ces mots : « *procuré l'avortement,* qui semblent avoir ici une portée toute spéciale et bien significative, car ils ne se réfèrent point d'eux-mêmes à un avortement qui n'aurait été que *tenté.* Ils impliquent, au contraire, l'idée d'un avortement consommé, d'une perpétration complète du crime; car dans le sens vrai du mot, « procurer un avortement, » c'est fournir les moyens qui l'ont amené à exécution.

Mais poursuivons :

Le paragraphe suivant s'occupe de la femme. Il se sert des mêmes termes que le précédent pour atteindre la femme qui, seule, s'est « procuré un avortement sur elle-même, » ou qui, dans ce crime, se sera fait assister d'un complice.

Mais si le crime se réduit à une simple tentative, la femme reste impunie; on ne peut le nier. La loi le dit expressément.

On doit convenir aussi que cette impunité doit lui être assurée, non-seulement dans le cas où elle a agi seule, mais aussi, et par la même raison, dans le cas où elle a agi avec un complice; car bien évidemment les mêmes considérations de décence publique commandent la même réserve à l'égard de la femme, dans un cas comme dans l'autre.

Si elle a agi seule, et que l'avortement n'ait pas suivi, sa pudeur doit être protégée contre des débats plus scandaleux et plus immoraux, aux yeux de la loi, que le crime même qu'elle aurait tenté de commettre.

Si, au contraire, elle a agi de connivence avec un tiers, sa position est encore la même devant la loi, car sa pudeur a le même intérêt, le même droit par conséquent à l'immunité de la loi.

Reste à savoir maintenant si ces mêmes motifs de haute convenance publique ne commandent pas aussi l'impunité de son complice?

La Cour de cassation résiste à cette pensée, et, dans la préoccupation qui paraît la dominer sur la prétendue nécessité sociale d'atteindre ce complice, elle est amenée à des déductions étranges quand ce complice, — comme c'est le cas le plus ordinaire, — est un homme de l'art.

Elle ne pouvait admettre, en effet, que la tentative fût punissable contre un simple particulier et qu'elle ne le fût pas contre un médecin.

D'un autre côté, elle était gênée sans doute, — il est permis de le croire, — par le sens naturel des termes qui se lisent à la fin du troisième paragraphe de l'article 317 : « *dans le cas où* » *l'avortement aurait eu lieu,* » termes absolument identiques, on doit en convenir, à ceux qui, dans le paragraphe précédent, « *si l'avortement s'en est suivi*, » assurent l'impunité de la femme en cas de tentative.

Voici donc le tempérament que la Cour de cassation a adopté, et la distinction qu'elle a imaginée, et sur le mérite de laquelle il y aura à s'expliquer un peu plus loin :

Si un médecin est convaincu d'un crime d'avortement consommé, il doit subir, à cause de sa qualité, — le troisième paragraphe de l'article 317 le dit textuellement, — la peine aggravante méritée par l'abus qu'il a fait de son art, celle des travaux forcés. Pas de difficulté sur ce point. La Cour de cassation n'en pouvait faire l'objet d'une question.

Mais si ce médecin est poursuivi, non pas pour un crime d'avortement consommé, mais à raison d'une simple tentative d'avortement, quelle peine lui devra être appliquée, s'est demandé la Cour de cassation?

Ici commençait l'embarras :

Pour se montrer fidèle au principe général sur l'assimilation de la tentative au crime, — principe qu'elle préconise, suivant nous, outre mesure, et dont elle nous semble faire abus en cette matière, — la Cour de cassation devrait répondre que la peine applicable au médecin reconnu coupable d'une tentative d'avortement, doit être la même que celle qu'il eût encourue s'il eût consommé le crime. (C. pén., art. 2.)

C'était la conséquence même du principe par elle reconnu.

Ce n'est pourtant point cette conséquence que tire la Cour de cassation; elle décide, au contraire, que la peine encourue par le médecin, dans ce cas, n'est que la réclusion.

Et pourquoi la réclusion? C'est que cette peine, dit-elle, est indiquée dans le § 1er de l'article 317, et qu'il faut bien y avoir recours, puisqu'elle est la seule qui soit applicable au médecin dans le silence du troisième paragraphe, qui ne s'occupe que de l'avortement *consommé*.

Qu'on nous permette de soumettre à un examen attentif cette doctrine, toute neuve assurément, et si contraire aux principes les plus élémentaires jusqu'à présent consacrés par la Cour de cassation elle-même.

Cette Cour fait descendre à un degré inférieur, quand il ne s'agit que de *tentative*, la peine réservée au médecin pour le crime *consommé*, — première infraction manifeste, ce nous semble, au principe si inflexible, au dire de la Cour de cassation, sur l'assimilation des tentatives aux crimes eux-mêmes, première inconséquence du système adopté par cette Cour.

Mais ce n'est pas tout : elle déclare punissable, en cas de tentative simple, de la réclusion seulement le médecin lui-même, malgré l'abus coupable qu'il a fait de son art. Elle le met, en un mot, sur la même ligne que le simple particulier convaincu du même méfait.

Elle fait donc abstraction de la qualité d'homme de l'art, de cet abus criminel de sa profession et de sa science, qui pourtant sollicite si vivement une peine plus grave, puisque cet abus proclame un danger de plus dans le crime, et décèle un degré de perversité de plus aussi chez l'agent? — Deuxième infraction, non moins choquante, ce nous semble, à la volonté de la loi, en cela d'accord avec la morale publique; deuxième inconséquence du système consacré par les arrêts que nous croyons devoir combattre.

Ainsi, pour justifier le refus qu'elle fait au médecin de l'immunité que la loi accorde à la femme, la Cour de cassation en est réduite, comme on le voit, à commettre une double infraction aux règles les plus usuelles et les plus élémentaires, il faut le dire, de notre droit criminel, une double violation des principes qu'elle nous a accoutumés à respecter!

N'est-ce pas le cas de dire, avec un ancien criminaliste[1] sous

[1] Legraverend.

l'autorité duquel nous sentons le besoin de placer ces paroles : « qu'il est difficile d'accumuler plus de subtilités et de contradictions? »

Comment donc s'étonner que les criminalistes n'aient pu consentir à se soumettre à une théorie qui produit de tels résultats, et qu'aujourd'hui encore ils persistent à protester de toute l'énergie de leurs convictions contre les arrêts qui l'ont consacrée?

Mais ce que nous avons le plus à cœur, — nous l'avouons, — ce n'est pas de démontrer, — à la suite des criminalistes qui ont déjà si complétement rempli cette tâche avant nous, — que cette jurisprudence est en opposition, comme on le voit, aux plus simples notions du droit criminel, — mais qu'elle donne, en outre, un démenti formel à la pensée la plus manifeste du législateur.

Ici nous sortons des textes, et nous demandons la permission de rentrer dans quelques considérations morales dont on excusera le développement, nécessaire peut-être pour élucider une controverse où l'on ne s'est égaré, suivant nous, que parce qu'on n'a pas pesé assez mûrement ces considérations morales toutes puissantes.

Nous l'avons déjà dit : quel but se proposait le législateur en punissant le crime d'avortement?

Un but aussi moral que légitime : protéger l'enfant conçu et destiné à vivre, mais sans blesser pourtant des intérêts non moins sacrés que ceux de l'enfant lui-même, à savoir la pudeur de sa mère, fille ou femme, l'honneur de la famille qui se confond avec le sien, enfin les espérances de maternité annoncées par la grossesse, mais soumises aux influences de la santé, aux appréciations et au traitement de la science médicale.

Entrer dans le domaine si délicat de la pudeur des femmes et de la science des médecins, pour rechercher et saisir, dans une poursuite contre l'homme de l'art, et sous la forme encore indécise d'une simple tentative, le crime d'avortement, n'eût-ce pas été, je le demande, de la part de la loi, une haute témérité, une sorte de sacrilége social? Où s'arrêteraient les investigations de l'action publique? Les variations de la santé, les incidents de la grossesse, mêlés aux espérances ou aux angoisses de la maternité, désirée ou redoutée, enfin les soupçons de la justice compliqués, égarés par les conjectures de la science,

les lueurs de la médecine légale au milieu des ténèbres de la conception, tout cela mis en question par une prévention criminelle! Y a-t-on bien songé? Le toit de la mère de famille ne serait plus un lieu saint, un asile contre l'intervention indiscrète de la justice; car la femme légitime elle-même, par cela seulement qu'elle serait accouchée avant terme, même d'un enfant destiné peut-être, comme il y en a tant d'exemples, à fournir une longue carrière, par cela seulement qu'elle aura été médicamentée, dans le cours d'une grossesse maladive, pourra voir, sinon sa liberté même, au moins son honneur compromis, donné en spectacle et mis en lambeaux aux pieds d'un jury, en face de son médecin accusé.

Il y a donc un motif de décence publique puissant, décisif, pour qu'en matière d'avortement la tentative ne soit pas recherchée comme le crime consommé lui-même, pas plus contre le médecin que contre la femme, objet de ses soins. Le législateur de 1810 s'est arrêté devant un monde tout entier d'arcanes redoutables, devant un abîme de problèmes insondables qui l'ont justement épouvanté. Il s'est arrêté à une limite au delà de laquelle sa prudence n'apercevait plus que mystères sacrés d'une part, et d'autre part, scandales pires que l'impunité même. Il a pensé que les droits de la société cessaient là où ils ne pouvaient être exercés sans une violence faite à la nature elle-même.

La gestation, en effet, comme la conception même, comme la vie, comme la mort, comme tous ces grands problèmes qui se dressent entre l'infini et notre impuissance, se manifeste par des phénomènes mystérieux dont le secret échappe à toute science humaine. Elle a des phases variées, inconstantes, bizarres, des caprices qui se jouent du savoir des hommes, et dont la nature seule a le secret, impénétrable à notre ignorance.

Que la loi civile, prenant comme règles acceptables les données de la science médicale et de l'expérience, eût, en vue des avantages de l'enfant, étendu jusqu'à cet être qui n'est encore que conçu, la protection qu'elle accorde à la vie extra-utérine elle-même, c'est tout ce que pouvait légitimement faire la société. Cette fiction, utile à l'enfant et avouée par la morale, était aussi sans danger. Elle sert les intérêts de l'enfant, sans toucher en rien à la pudeur de sa mère. Elle est toute dans l'intérêt de la famille, dont elle sauvegarde les espérances les plus

chères. Elle est digne du monde moral auquel elle appartient. C'est une des inspirations les plus touchantes du spiritualisme chrétien ; et bien qu'elle soit antérieure, par son origine, à son avénement, elle a dû être adoptée avec bonheur et avec joie par la pensée chrétienne.

Mais aller au delà, et assimiler l'enfant qui n'est encore qu'un germe, qui n'a pas encore d'autre vie appréciable par la science que celle de sa mère, à l'enfant qui a déjà vu le jour, qui est entré dans la vie, cela n'était possible qu'en présence de faits palpables en quelque sorte et matériels, tels que l'infanticide ou l'avortement consommé, que la société peut saisir sans scrupule comme sans danger, parce que ces crimes se manifestent par des phénomènes non équivoques, par des symptômes certains, et qu'ils tombent ainsi dans le domaine légitime de la loi. Ce n'est que les preuves du crime à la main que la justice, suivant la belle expression de M. Faustin Hélie, doit « *marcher sur l'honneur* » d'une femme.

Mais quand le fait d'un avortement consommé n'est pas acquis, quand, à travers toutes les vicissitudes de la grossesse, l'enfant est arrivé à la vie, quel danger n'y aurait-il pas à rechercher, dans les médicamentations auxquelles sa mère a pu être soumise dans le cours de sa gestation, des entreprises indirectes sur la vie de son enfant! Quelles incertitudes dans les investigations de la justice! Comment cette appréciation pourra-t-elle être faite, même au flambeau de la science, lorsque la tentative est restée sans résultats? Comment discerner, en l'absence d'un fait matériel consommé, quels médicaments ont été capables de procurer l'avortement, quels remèdes ont été administrés avec l'intention de le procurer? Quelle imprudence et quel scandale dans ce débat suscité entre la mère et son complice, la mère préservée, dit-on, par la loi, alors que son complice ne le serait pas? Quel champ ouvert à de honteuses récriminations! quelle tâche pour la justice! quel spectacle à faire subir à la société! quelle épreuve imposée à l'opinion! quelle atteinte réelle portée à la morale, sous le spécieux prétexte ou la bonne intention de la venger!

Enfin, au point de vue de l'utilité sociale, qui est la grande raison d'être de toute loi pénale, quelle utilité dans cette inquisition judiciaire et rétrospective, puisque l'enfant n'a pas succombé aux actes qui en sont l'objet?

A présent, s'il est vrai, comme on le reconnaît, que le législateur ait reculé devant le scandale des investigations à exercer sur la mère, lorsque l'avortement n'a pas été consommé, comment ne pas croire aussi que, par les mêmes raisons de haute convenance sociale, il n'ait pas également reculé devant ce même scandale quand il sera produit par une discussion publique, en Cour d'assises, qui mettra l'honneur de la femme en présence de la tentative imputée à son médecin?

Où il y a même raison de décider, ne doit-il pas y avoir même droit?

Il y a plus, — et c'est par cette considération que nous terminerons, — l'homme de l'art emprunte de sa profession même, et de la position qu'elle lui donne dans la société, un titre tout spécial à cette immunité si sagement accordée à la femme; et cette considération, qui n'a pas dû échapper au législateur, était assurément digne de toute sa sollicitude.

Une profession comme celle de médecin, qui ouvre à l'homme qui l'exerce toutes les maisons, qui le met en contact avec toutes les intimités de la famille et de la vie privée, comme en lutte avec tous les mystères de la santé et de la nature, devait-elle être exposée, par l'imprudente sévérité de la loi, à des soupçons qui pourraient être accueillis alors qu'ils n'auraient pas pour point de départ des actes consommés et matériels, constitutifs d'un crime caractérisé, mais seulement les vagues éléments d'une simple tentative? Si toute femme à qui arrive le malheur d'un accouchement prématuré peut exposer aux chances de la Cour d'assises l'homme de l'art qui, dans le cours de sa grossesse, lui aura prêté ses secours, quel médecin prudent osera approcher d'une femme enceinte? Cet état, chez la femme, éloignera donc d'elle ceux-là mêmes dont il rend plus nécessaires les secours et les soins?

Nous n'en doutons pas, de telles considérations ont dû être déterminantes dans la pensée du législateur; elles doivent être toutes-puissantes aussi sur l'esprit des magistrats appelés à interpréter la loi.

Que la jurisprudence jusqu'à présent embrassée par la Cour de cassation soit donc livrée à un nouvel examen; que la Cour suprême, reproduisant un noble exemple qu'elle a souvent donné, soumette sa propre jurisprudence au creuset d'une analyse patiente et sévère, à l'épreuve d'une nouvelle et soleu-

nelle discussion publique; et le jour où elle ouvrira l'ère d'une jurisprudence nouvelle, dans une de ces fêtes judiciaires qu'elle sait donner à la science, elle aura bien mérité de la morale, de l'humanité et de la société, sans amoindrir en rien les droits sérieux de la vindicte publique, et elle aura acquis un titre de plus à la reconnaissance des justiciables et au respect des jurisconsultes. GIRARD DE VASSON.

BIBLIOGRAPHIE.

CONTINUATION DE L'OUVRAGE DE MARCADÉ SUR LE CODE NAPOLÉON.

COMMENTAIRE-TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES, mis en rapport avec la loi sur la transcription, par M. PAUL PONT, conseiller à la Cour impériale de Paris, continuateur de Marcadé. — Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État.

I.

Lorsqu'en 1841, Marcadé commença sous une forme vive et nouvelle, l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, sa logique passionnée, son style agressif, ce mélange inaccoutumé de qualités et de défauts faits pour plaire à la jeunesse, firent bientôt la fortune d'un ouvrage qui lui semblait spécialement destiné. Cette fortune a grandi d'année en année, et marchant d'un pas plus sûr, à mesure qu'il avançait dans son entreprise, Marcadé a pris rang parmi les jurisconsultes que notre temps cite avec confiance; mais il ne devait pas lui être donné de mener à fin l'œuvre de longue haleine à laquelle il avait voué ses efforts; après un travail de quinze années, il est mort sans en entrevoir le terme, et, en mourant, il a remis sa plume défaillante à M. Pont, son collaborateur et son ami.

Il ne pouvait choisir un continuateur qui fût plus digne de lui et qui lui ressemblât si peu.

Magistrat et jurisconsulte, M. Pont est connu par des travaux qui n'ont pas ici besoin d'éloges. La *Revue critique de jurisprudence*, fondée en partie par ses soins, et périodiquement en-

richie de ses articles, le *Traité du contrat de mariage* publié avec la collaboration de M. Rodière, des dissertations savantes qui ont fait sensation à l'Ecole et au Palais, ont attaché à son nom une juste autorité. Dialecticien sévère et ingénieux, formé à la langue du Droit dans le commerce de nos anciens auteurs, il rappelle bien plus leur sobre abondance, leur style grave et précis, leur esprit d'investigation et leurs patients travaux que la controverse passionnée sous laquelle Marcadé s'était fait une habitude d'envelopper les déductions d'une ferme et droite raison. Il n'a pas, il est vrai, ces ardeurs de polémique dont Quintilien dissuadait son élève : *Nec tibi bellatorium hunc stylum suaserim ;* en revanche, la science sous sa plume est calme, elle est grave, elle ne descend jamais des hauteurs sereines où elle réside.

Si différent par les qualités de leur esprit, l'auteur de l'*Explication théorique* et son continuateur ne diffèrent pas moins par le but qu'ils se sont proposé.

Marcadé écrit plus spécialement pour l'école, il s'attache surtout à poser les principes avec force et netteté, il y revient sans cesse comme il convient à un professeur qui veut les graver dans l'esprit de ses élèves, et il se borne à démontrer ses théories par des exemples choisies au gré de sa polémique. M. Pont, au contraire, écrivant pour des lecteurs plus instruits, suit dans toutes leurs conséquences, et jusque dans leurs applications les plus lointaines, les principes qu'il a posés, comme il convient à un jurisconsulte dont les décisions doivent faire autorité. L'un compose un ouvrage élémentaire, dans le sens étendu et nouveau que sa première et remarquable préface a attaché à ce mot. L'autre compose un véritable traité dans l'acception la plus complète que la science moderne ait donnée à ce titre.

Au milieu de ces dissemblances caractéristiques, il y a cependant plus d'un rapport entre les deux auteurs, l'amour de la vérité, l'élévation spiritualiste dans l'interprétation de la loi. C'est là le trait d'union qui les rapproche et qui en fait des jurisconsultes de la même famille.

II.

C'était assez pour que M. Pont acceptât pieusement le legs que lui avaient fait la science et l'amitié. Il s'est donc coura-

geusement mis à l'œuvre, et, s'attaquant tout d'abord à la partie la plus difficile peut-être du Code Napoléon, il a publié comme premier essai de sa continuation, un *Commentaire traité* du titre des *Priviléges et des hypothèques*, ouvrage qui, au moment où nous venons en rendre un compte tardif, a déjà conquis dans le monde de la science, la place à laquelle il a droit. M. Pont expose dans sa préface qu'il avait espéré, d'après quelques indications, trouver dans les papiers de Marcadé un travail tout préparé, et n'avoir qu'à y mettre la dernière main, mais il ajoute qu'il a été trompé dans son attente, que Marcadé n'avait rien écrit encore de l'œuvre qu'il préparait, et il regrette avec modestie de publier un travail tout personnel et dont la responsabilité lui appartient tout entière.

Après l'avoir lu, personne ne partagera ce regret, si l'ordre, la clarté, la méthode, la gravité du style sont partout, et dans un ouvrage de droit plus qu'ailleurs, des qualités essentielles, nous osons dire qu'il est impossible de les trouver à un plus haut degré que dans l'ouvrage de M. Pont. Sous la forme du commentaire que lui a tracée son prédécesseur, et que de nos jours ont consacré d'illustres exemples, les idées y naissent les unes des autres par un enchaînement naturel, et l'œuvre du législateur apparaît dans son majestueux ensemble, justifiée d'une partie des reproches qui lui ont été trop facilement adressés.

M. Pont, en effet, n'est point un détracteur de la loi ; il sait que la législation sur les priviléges et les hypothèques a été si souvent et si universellement attaquée de nos jours qu'il y a plus de hardiesse et de nouveauté à en présenter la défense que la critique.

« Pour nous, dit-il, qui, nous l'avouons, avons envisagé no-
» tre régime hypothécaire après étude et examen, dans une
» pensée très-prononcée de conservation, et qui, sans mécon-
» naître que quelques améliorations partielles y pourraient être
» introduites, estimons que, pris dans son ensemble, il a gran-
» dement raison contre ses détracteurs, nous ne pouvons nous
» empêcher de trouver dans les reproches qui lui ont été faits,
» les exagérations dont les idées systématiques et préconçues
» sont rarement exemptes [1] »

[1] N° 569.

Dans cet ordres d'idée, il développe à l'appui du système adopté par le Code des considérations puissantes dont plusieurs sont aussi nouvelles qu'ingénieuses, et qui toutes sont présentées avec une remarquable précision.

C'est ainsi que dans son *Traité des privilèges*, s'inspirant de l'histoire et de la tradition, il rattache aux principes qu'avait consacrés la loi du 11 brumaire an VII, et que celle du 23 mars 1855 a sanctionnés de nouveau, la source et la justification de l'art. 2106 du Code Napoléon, qui n'a été si vivement attaqué que parce qu'il était mal compris [1].

Ainsi encore il explique comment la loi n'a pas dû établir dans le classement des priviléges un ordre absolu, et comment, se contentant de quelques indications, elle a dû laisser à la doctrine et à la jurisprudence la mission de déterminer, en cas de concours, le rang qui appartient à chacun d'eux [2]. Si cette théorie déjà professée par quelques auteurs [3] peut être contestée [4], on est forcé du moins de convenir que le discernement avec lequel il fait lui-même la classification dont la loi a cru devoir s'abstenir, est de nature à suppléer au silence qu'il approuve : toute la partie de l'ouvrage qui s'occupe de cette classification si vivement débattue entre les jurisconsultes nous a paru un vrai modèle de discussion juridique.

Après la grande controverse soulevée à des époques récentes par les projets de réforme hypothécaire, il faut lire dans le *Traité des hypothèques* de M. Pont, la défense de l'hypothèque judiciaire [5] et celle de l'hypothèque légale [6]. Cet excellent et substantiel résumé de questions encore à l'ordre du jour conduit le lecteur impartial à cette conséquence vainement contestée que l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale n'ont dû être conservées, que par la force même des choses, et sous peine d'être en contradiction avec lui-même, le législateur a dû rendre indépendante de l'inscription l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, et que cette dérogation nécessaire au principe de la publicité a reçu le seul

[1] Nos 249 et suivants sur l'article 2106.
[2] Nos 175 et suivants.
[3] Grenier, t. II, n° 294. — Troplong, n° 29.
[4] Voy. notamment M. Valette, n° 108.
[5] Nos 567 et suivants.
[6] Nos 423 et suivants.

correctif qu'il dépendît de la sagesse humaine de lui faire subir, dans la loi du 23 mars 1855, qui restreint l'exception dans ses limites les plus étroites, et dans la loi du 10 juillet 1850, qui oblige à mentionner dans l'acte de célébration du mariage, l'existence du contrat qui en a réglé les conditions [1].

De ces considérations d'un ordre élevé qu'il sait rendre à la fois complètes et concises, M. Pont descend à l'examen à la fois théorique et pratique de toutes les difficultés qui se rattachent à ces graves matières. Il pose les principes avec la même force que Marcadé, il les suit bien plus loin que lui dans leurs déductions. Que de questions ardues et délicates, pleines du charme austère de la controverse, naissent en foule sous les pas de l'auteur ! Il n'est pas même permis ici d'en indiquer des exemples, mais ce qu'il faut dire, parce que c'est l'impression générale qui résulte de l'ouvrage: pour peu que l'on aime le droit, il est impossible de ne pas suivre avec intérêt, *avec plaisir*, le mot paraît étrange et n'est que juste, M. Pont dans le labyrinthe dont il possède si bien le fil : il vous y conduit facilement et sans effort, par le seul et puissant attrait d'une dialectique toujours sûre et d'un style toujours clair. Quelquefois, sans doute, on se surprend à ne point partager son avis, mais plus souvent on est entraîné par sa logique pressante, et alors même que des études antérieures avaient fait adopter une autre solution, on se sent disposé à lui rendre les armes.

M. Pont excelle, en effet, à se concilier la confiance du lecteur. Il la doit en grande partie à la décision de son esprit, à la liberté complète de ses appréciations juridiques. Il a donné de cette liberté des exemples connus, et naguère, dans une question mémorable, il a été contre une jurisprudence aujourd'hui abandonnée, mais alors consacrée par plusieurs arrêts de la Cour suprême, un des lutteurs les plus déterminés et les plus influents.

Nullius addictus jurare in verba magistri, on sait parmi les écrivains dont la science du droit s'honore de nos jours quel est celui qu'il est disposé à reconnaître pour son maître, mais entre les hommages qu'il aime à lui rendre, il lui rend encore celui d'une indépendance absolue, le combattant quelquefois avec autant de vivacité que de respect, de même que dans la

[1] Voy. nos 737-738-739 sur l'article 2135.

continuation de Marcadé, il réfute souvent les doctrines de Marcadé.

Ajoutons qu'à cette impartialité du jurisconsulte, à la pénétration qui éclaire toutes les parties d'un sujet, il unit la patience qui l'épuise. Le *Commentaire-traité des priviléges et des hypothèques* nous a paru un ouvrage complet : histoire du droit, ancienne législation, droit intermédiaire, droit actuel, opinions des auteurs, décisions de la jurisprudence, la science y est condensée tout entière. La loi du 23 mars 1855 sur la transcription, le décret du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853 sur les sociétés de crédit foncier y sont expliqués comme le Code Napoléon lui-même. Jurisconsulte et magistrat, M. Pont unit dans son ouvrage la théorie et la pratique, l'École et le Palais qui ne sont jamais séparés qu'au préjudice de l'un et de l'autre. Quelles que soient la netteté de sa pensée et la précision de son style, il n'aurait pu réunir un si vaste tableau dans le cadre étroit d'un seul volume; mais il ne faut pas à cet égard que la forme adoptée par l'éditeur fasse illusion. Cette forme est trompeuse, si l'on peut employer cette expression en bonne part. Le travail de M. Pont nous est offert en un seul volume, il est vrai, mais ce volume publié en trois parties renferme treize cent vingt-quatre pages d'une édition compacte et serrée, et par conséquent la matière de quatre ou cinq volumes in-8° ordinaires.

Il constitue donc en réalité un grand ouvrage, destiné non à remplacer ceux qui existent déjà sur la même matière et qui sont en possession de l'estime publique, mais à se joindre à eux, à être consulté avec le même fruit, et à entrer au même titre dans le domaine de la science. Ce que nous disons ici n'est, au reste, que la constatation d'un fait accompli. Les premières parties du traité de M. Pont ont été appréciées au moment de leur publication, par des jurisconsultes éminents, notamment par M. Hébert, ancien garde des sceaux, et par M. Coin Delisle. M. Dalloz y a largement puisé dans le 37° volume de sa collection, et le cite comme une autorité généralement acceptée.

Pour nous à qui il appartient à peine de joindre notre suffrage à ces suffrages imposants, exprimons du moins le vœu qu'encouragé par un accueil si empressé, M. Pont, qui a entrepris et qui nous promet sur la société et les petits contrats deux

nouveaux volumes, réalise bientôt sa promesse, et termine la continuation de Marcadé avec autant de bonheur qu'il l'a commencée.

III.

Nous nous permettons de lui demander davantage.

L'ouvrage de Marcadé est désormais consacré par un succès légitime, il ne s'agit ni de le remplacer ni de le refaire, mais cet ouvrage a été conçu à un point de vue spécial, il a été exécuté avec des habitudes d'esprit et dans un but qui doivent en faire un ouvrage à part et marqué d'un cachet tout personnel.

Pourquoi M. Pont, après avoir terminé l'œuvre de son savant prédécesseur, ne penserait-il pas à compléter la sienne, en entreprenant, jusqu'au titre qui a été son point de départ, l'explication du Code tout entier? A en juger par le volume qu'il vient de publier, il y apporterait des qualités, un plan, une manière d'écrire qui ne seraient qu'à lui, et nous compterions sur le Code Napoléon un grand ouvrage de plus, un ouvrage complet.

Mais est-il nécessaire, est-il utile de refaire encore ce qui a été déjà bien fait? Après des travaux si justement célèbres, après Toullier, après MM. Duranton et Demolombe, après M. le premier président Troplong, après tous les princes de la science, et Dalloz qui essaye de les résumer, peut-on encore écrire sur le droit?

C'est là une question que ne feront pas les jurisconsultes. Ils savent que le champ du droit est illimité, qu'il donne toujours de nouvelles moissons sous de nouveaux efforts, et que la science est inépuisable, semblable à cet arbre mystérieux où le rameau d'or déjà détaché par des mains prédestinées, renaissait sans cesse pour celles qui sauraient le cueillir.

Il renaîtra certainement pour M. Pont.

Sponte volensque sequetur.

C. SAPEY.

NOTICE SUR LA VIE ET LES OUVRAGES DE M. L. DE VILLENEUVE,

Avocat à la Cour impériale de Paris,

Rédacteur en chef du *Recueil général des lois et des arrêts.*

Ce fut le 4 décembre 1845, que Jean-Baptiste Sirey, fondadeur du *Recueil général des Lois et des Arrêts*, fut enlevé par un coup de foudre [1] à la science et à sa famille. Il avait rendu à l'une un éminent service en la dotant d'un instrument de travail indispensable à ceux qui la cultivent, d'un Recueil d'arrêts, conçu sur un plan dont les arrêtistes anciens ne fournissaient aucun modèle; il a laissé à l'autre un nom qui ne saurait plus périr.

Il n'y aurait que justice à décerner à J.-B. Sirey le titre de *Prince des arrêtistes :* car il fut le premier qui apporta dans la rédaction des notices d'arrêts, dans l'exposé des faits, dans l'analyse des discussions, cette précision et cette corrélation rigoureuses qui rendent les recueils aussi faciles à consulter qu'utiles à étudier. On peut dire qu'il fit un art de l'arrestographie, comme Monge avait fait une science de la géométrie descriptive.

M. Lemoine Devilleneuve se forma à l'école de cet excellent maître.

Né à Mortain (Manche) le 26 décembre 1790, Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de Villeneuve ou Devilleneuve, comme il signait habituellement, semblait par sa naissance destiné à l'étude des lois : son père était conseiller au bailliage de Mortain, au moment où éclata la révolution. Il en adopta les principes, et, après le 10 août 1792, il fut élu membre de la Convention nationale. Mais sa faible constitution le força de bonne heure à renoncer aux émotions de la vie politique : il revint dans sa ville natale, y fut nommé juge au Tribunal civil, et en exerça les fonctions jusqu'à sa mort, arrivée le 29 prairial an VIII. Sa veuve convola en secondes noces et épousa M. Flaust de la Martinière, qui appartenait à la famille du célèbre commentateur de la Coutume de Normandie.

Il paraît cependant que M. Devilleneuve s'était d'abord di-

[1] M. Sirey est mort d'une attaque d'apoplexie foudroyante dans le cabinet du président du tribunal civil de Limoges.

rigé vers les carrières dont l'École polytechnique ouvre l'accès. J'ignore quelles circonstances le détournèrent de cette voie. Toujours est-il qu'il poussa assez loin l'étude des mathématiques, et lorsqu'il les eut quittées pour embrasser l'étude des lois et se consacrer ensuite exclusivement à la jurisprudence, sa première destination ne fut pas sans influence sur la rigueur presque algébrique qu'il apporta dans la rédaction des arrêts : les questions de droit lui apparaissaient sous la forme de problèmes, j'ai presque dit d'équations à résoudre.

M. Devilleneuve fit son droit à la Faculté de Caen, et vint, lorsqu'il l'eut terminé, s'établir à Paris.

Le hasard joue toujours un grand rôle dans les destinées humaines, et ce fut le hasard seul qui mit M. Devilleneuve en rapport avec M. Sirey. C'était vers 1816 : M. Sirey, à cette époque, avait atteint l'apogée de sa réputation et comme arrêtiste et comme avocat. Le *Recueil général des Lois et des Arrêts* jouissait de toute sa vogue, et son auteur occupait un rang élevé au barreau de la Cour suprême. M. Sirey avait créé son journal aussitôt après avoir été nommé avoué, comme on disait alors, au Tribunal de cassation, lors de la réorganisation de ce tribunal en l'an VIII ; il l'avait créé en présence de deux publications rivales, le *Journal du Palais* et le *Journal des audiences*, qui existaient depuis deux siècles, et qui n'avaient pas encore été rajeunies par de nouveaux et intelligents rédacteurs. Aussi le succès de l'arrêtiste ne se fit pas attendre, et il entraînait presque nécessairement celui de l'avocat. M. Sirey, à qui M. Devilleneuve fut présenté, l'accueillit avec bienveillance et l'admit à travailler dans son cabinet, où l'avaient précédé les Mérilhou, les Odilon-Barrot, les Duvergier et tant d'autres.

Mais bientôt un grand procès qu'il eut à soutenir en Italie, dans l'intérêt d'une des nièces de Mme Sirey, le détermina à y envoyer son jeune collaborateur, pour y suivre une procédure des plus compliquées. Il s'agissait de faire valider une donation considérable que son mari, un vieux marquis italien, avait faite à cette dame par contrat de mariage. Le procès fut gagné devant les premiers juges, grâce aux soins de M. Devilleneuve ; mais il fut perdu en appel, et l'affaire en resta là.

M. Devilleneuve était revenu en France entre les deux instances, et il avait repris sa place auprès de M. Sirey, dont,

peu de temps après, il épousa la fille aînée. Cette union, qui semblait devoir lui assurer tout à la fois bonheur et fortune, lui ouvrit du moins la carrière dans laquelle il devait se faire un nom. M. Sirey associa en effet son gendre à ses travaux ; et, lorsque la fatigue et les désastres lui firent une obligation de céder la propriété de son Recueil et d'en résigner la direction, M. Devilleneuve se trouva naturellement appelé à le remplacer, et il devint, à partir de 1831, rédacteur en chef du *Recueil général des Lois et des Arrêts*. C'est en cette qualité qu'il s'est acquis des droits à l'estime et à la reconnaissance des jurisconsultes.

Portalis l'a dit, et l'on ne saurait le méconnaître : *On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois.* Aussi, de tout temps, a-t-on recueilli les décisions judiciaires pour servir de règles dans les cas semblables qui viendraient à se présenter. On les recueillait au temps même où, les juges n'étant pas tenus de motiver leurs arrêts, ces arrêts n'avaient pas l'importance doctrinale qu'ils ont acquise depuis. Mais cette branche de la littérature juridique devait surtout fleurir sous l'empire de nos lois nouvelles, et, cultivée comme elle l'a été avec tout le soin qu'elle méritait, elle a permis tout à la fois d'apprécier l'esprit général dans lequel les lois sont appliquées pendant une période déterminée, et de suivre les progrès de la jurisprudence, qui ne sont pas autre chose que l'adoption successive de la meilleure interprétation que les lois puissent recevoir.

C'est en ce sens que Bacon (*de Augm. scient.*, lib. 8, aph. 73 et suiv.), en prescrivant de recueillir les jugements, les appelle ingénieusement *les ancres des lois*, comme les lois elles-mêmes sont, dit-il, *les ancres de l'État*, et il trace aux arrestographes la méthode que voici : Exposer les faits avec précision, faire connaître les motifs qui ont déterminé les juges, et passer sous silence les développements des avocats : *De advocatorum perorationibus sileto.*

Ces règles sont celles que M. Sirey s'était faites, et M. Devilleneuve les a scrupuleusement observées : toutefois il apporta aux errements de son prédécesseur une modification importante.

M. Sirey s'était presque toujours borné à établir, au moyen de simples renvois, une espèce de conférence entre les arrêts

identiques, analogues ou contraires. Il lui arrivait rarement d'intervenir lui-même pour approuver ou pour critiquer les décisions qu'il rapportait. M. Devilleneuve, à partir du moment où il prit la direction du Recueil, multiplia singulièrement les notes et les dissertations, et il ouvrit ainsi une voie dans laquelle tous les arrêtistes l'ont suivi.

Ce système fut appliqué sur une très-large échelle, dans la *Collection nouvelle*, publiée de 1838 à 1845. Cette refonte des trente volumes de M. Sirey fut une œuvre entièrement neuve, dans laquelle la méthode arrestographique, préconisée par Bacon fut rigoureusement suivie. Aux arrêts publiés par M. Sirey, en fut ajouté un grand nombre d'autres, et tous furent accompagnés d'annotations destinées à faire connaître, sur les questions qu'ils résolvaient, l'état de la doctrine et les variations de la jurisprudence. J'eus le bonheur, jeune encore, d'être associé à ce grand travail, et je me plais à reconnaître combien m'a été profitable la part qu'il ma été donné d'y prendre.

Ce travail n'est pas le seul auquel, en dehors de la publication mensuelle du journal, M. Devilleneuve ait consacré ses soins.

M. Sirey avait successivement publié : d'abord une table des dix premiers volumes de son Recueil (1800-1810); puis une table des vingt premiers volumes (1800-1820); puis enfin une table des dix volumes de 1821 à 1830. A peine M. Devilleneuve eut-il été placé à la tête du journal qu'il comprit la nécessité de refondre ces tables en une seule, et, de 1831 à 1834, il publia la *Table tricennale*, ou Table de trente ans (1800-1830), qui contenait tous les sommaires des arrêts insérés dans les trente volumes de M. Sirey. Plus tard, il publia encore la table des dix volumes de 1831 à 1840, et enfin, avec notre intelligent et laborieux ami, M. Gilbert, la *Table générale* de 1800 à 1850, qu'il acheva dans le cours des quatre années de 1850 à 1853.

Ce fut là son dernier effort, et un petit nombre d'années de repos relatif, puisqu'elles ne furent consacrées qu'à la publication du Recueil périodique, séparèrent la fin de ce travail du terme de sa vie. Quand les premières atteintes du mal auquel il devait succomber se firent sentir, il ne se fit pas illusion sur la funeste issue qu'elles devaient avoir, et il accepta son sort avec résignation et avec courage. Nous l'avons perdu le 11 mars 1859, il venait d'entrer dans sa 69e année..... A. CARETTE.

CHRONIQUE.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS. — DISTRIBUTION DES PRIX.

La distribution des prix provenant de la fondation de Mme veuve Beaumont a eu lieu à la Faculté de droit, en présence de tous les professeurs, et a été présidée par M. le doyen Pellat. L'hémicycle de l'ancien amphithéâtre était occupé par les étudiants.

M. Labbé, agrégé de la Faculté, a présenté le rapport.

Les docteurs avaient à traiter la question suivante proposée par M. le ministre de l'instruction publique :

« Des effets de la prescription au point de vue soit de l'ac-
» quisition de la succession, soit de la déchéance de la péti-
» tion d'hérédité, dans le Droit romain, ainsi que dans l'an-
» cien et le nouveau Droit français. »

Les deux questions soumises aux licenciés étaient posées en ces termes :

Droit romain. — « A quelles époques la *testamenti factio* était-elle requise chez l'héritier ou le légataire?

« Comparer la *testamenti factio* avec le *jus capiendi.* »

Droit français. — « La femme a-t-elle hypothèque légale sur les immeubles de la communauté, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce ? »

Après avoir résumé avec beaucoup de netteté les jugements de la Faculté sur les divers Mémoires présentés à son appréciation, et signalé particulièrement le résultat brillant du concours de licence, M. le rapporteur continue ainsi :

« L'institution des concours de licence n'est pas seulement destinée à stimuler votre zèle pour le travail et à reconnaître le succès de vos études. Elle doit contribuer à former une liste d'honneur qui dirige les choix à faire dans les carrières publiques que vous êtes appelés à parcourir. Un nouveau progrès a été réalisé cette année vers ce but si désirable. Le conseil de l'Ordre des avocats, ayant à donner le prix fondé par son ancien et illustre bâtonnier, M. Paillet, et à nommer les secrétaires de la Conférence, a pris en considération non-seulement l'aptitude à la parole manifestée dans les travaux de cette Conférence, mais encore les preuves de savoir qui résultent des jugements de la Faculté.

» Le prix Paillet a été divisé entre deux élèves de notre école, tous deux docteurs en droit, tous deux mentionnés honorablement dans nos concours de licence, et sur les douze secrétaires nommés, six ont eu des prix ou des mentions honorables dans les mêmes concours ; presque tous ont subi les épreuves de la licence avec un succès attesté par les votes de leurs juges et ont suivi ou suivent leurs études jusqu'au doctorat.

» Ce n'est pas seulement notre attachement cordial pour les élèves de cette école qui nous fait applaudir à cette sage mesure. Nous aimons à voir les jeunes gens acquérir par leur travail et le bon emploi de leurs facultés un honorable appui, une recommandation sincère et accessible à tous, qui les accompagne à l'entrée de leur carrière et leur en facilite l'accès. Félicitons-nous aussi de ce que l'intention commune de favoriser les études sérieuses et la science du droit soit venue resserrer encore l'alliance fraternelle du Palais et de l'École. » (Vive approbation.)

« Messieurs les lauréats, je dois mêler un triste souvenir à votre joie si légitime et que nous partageons. Je dois évoquer l'image de la mort et de la douleur devant vos yeux, qui regardent l'avenir avec tant de confiance et un si riant espoir. Je suis sûr, au reste, de trouver un écho dans vos cœurs, en vous invitant à acquitter avec nous une dette de reconnaissance.

» Savez vous de qui vous tenez ces médailles et ces livres? De la générosité d'une mère, qui, comme vos mères, a eu un fils brillant de jeunesse et d'espérance ; qui l'a vu conquérir tous nos grades avec le plus éclatant succès, et qui avait toute raison de le croire appelé, par ses talents et son courage, à remporter dans la vie des triomphes plus éclatants encore.

» La mort lui a tout ravi, Ernest Beaumont, docteur en droit de cette Faculté, a été enlevé à vingt-trois ans à sa famille, dont il était l'honneur, et à la science, au culte de laquelle il voulait se consacrer. Sa mère, absorbée désormais dans le regret, de ce qu'elle a perdu, sentant bien que sa vie entière est dans un souvenir, a voulu perpétuer sa douleur et la rendre plus féconde. Elle a cherché ce qui lui rappellerait le plus son fils ; elle a eu la noble inspiration de contribuer à récompenser les élèves qui imiteraient Ernest Beaumont par leur zèle et leur intelligente ardeur pour la science du droit. Puisse notre respectueuse reconnaissance adoucir l'amertume de ses chagrins par la pensée du bien qu'elle a fait au nom d'un fils qu'elle pleurera toujours.

» Et vous, messieurs, qui allez passer des luttes de l'école aux épreuves plus sérieuses de la vie, vous regretterez peut-être le calme des études spéculatives; vous regretterez ces moments heureux où vous avez goûté, je n'en doute pas, le plaisir de connaître, et mieux encore de découvrir et d'apprendre. Vos occupations ne seront plus, comme ici, exemptes de l'inquiétude que donne la responsabilité du sort ou des affaires d'autrui. N'importe, lancez-vous dans la carrière ; c'est votre devoir. Voulez-vous reconnaître ce que vous devez à cette Faculté? Voulez vous lui faire honneur? Montrez-vous aussi éloignés de la présomption qui croit tout savoir et être en état de tout décider, que de la faiblesse qui rejette la science comme un bagage inutile pour faire son chemin.

» L'expérience des affaires et des hommes fera fructifier les germes que les études théoriques ont déposés dans vos esprits. Soyez modestement mais fermement attachés aux principes, sinon à toutes les idées qui vous ont été enseignées, du moins à la liberté d'esprit, la méthode d'examen, l'habitude de la réflexion, l'art du raisonnement que vos maîtres se sont efforcés avant tout de vous inculquer. C'est ainsi que vous deviendrez des citoyens utiles, des hommes distingués. » (Applaudissements.)

Voici la liste des lauréats dans l'ordre où ils ont été proclamés par M. Reboul, secrétaire de la Faculté :

CONCOURS DE 1858. — DOCTORAT.

Mention. — M. Jean-Gaston Monsarrat, né à Paris (Seine), le 8 août 1834.

CONCOURS DE 1859. — LICENCE.

Droit romain.

1er *prix.* — M. Jean-Baptiste-Hippolyte-Louis Amiable, né à Montbrison (Loire), le 16 février 1837.

2e *prix.* — M. Louis-Joseph-Alphonse Bocquillon, né à Saint-Quentin (Aisne), le 28 octobre 1836.

1re *mention* (*ex æquo*). — M. Marie-Joseph-Lazare Dumon, né à Marseille (Bouches-du-Rhône), le 11 octobre 1836. — M. Pierre-Étienne-Alphonse Joannard, né à Chasselay (Rhône), le 26 septembre 1836.

2e *mention* (*ex æquo*).—M. Alphonse-Barthélemy-Martin Boistel, né à Paris (Seine), le 24 décembre 1836. — M. Michel-Albert Desjardins, né à Beauvais (Oise), le 28 avril 1838.

Droit français.

1er *prix.* — M. Paul-Marie-Pierre Thureau-Dangin, né à Paris (Seine), le 14 décembre 1837.

2e *prix.* — M. Jean-Baptiste-Hippolyte-Louis Amiable, né à Montbrison (Loire), le 16 février 1837.

1re *mention.* — M. Édouard-Napoléon Pilastre, né à Amiens (Somme), le 11 mars 1838.

2e *mention.* — M. Frédéric Debains, né à Paris (Seine), le 21 janvier 1838.

3e *mention* (*ex æquo*). — M. Marie-Joseph-Lazare Dumon, né à Marseille (Bouches-du-Rhône), le 11 octobre 1836. — M. Pierre-Étienne-Alphonse Joannard, né à Chasselay (Rhône), le 26 septembre 1836.

4e *mention* (*ex æquo*). — M. Paul Batardy, né à Marines (Seine-et-Oise), le 6 septembre 1838. — M. Michel-Albert Desjardins, né à Beauvais (Oise), le 28 avril 1838. — M. Marie-Eugène-Henri Vicaire, né à Ambérieu (Ain), le 18 nov. 1837.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont, conseiller à la Cour impériale de Paris, docteur en droit, membre correspondant de l'académie de législation de Toulouse.

DE LA MISSION DU CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES EN CE QUI CONCERNE LA RADIATION DES INSCRIPTIONS PRISES PAR UN CRÉANCIER SUBROGÉ, ET LA DÉLIVRANCE DES ÉTATS SUR TRANSCRIPTION.

C. de cass., 2 juin 1858 et 26 juillet 1859; Orléans 4 août 1859. (Dalloz, 58, 1, 249; 59, 2, 149; Devilleneuve et Carette, 58, 1, 433; 59, 1, 545; *J. Pal.*, 1859, p. 449 et 667.) —Les arrêts que nous réunissons ici, quoiqu'ils statuent sur deux questions absolument différentes, attestent tous néanmoins la tendance qui, depuis plusieurs années, se produit dans quelques conservations hypothécaires où l'on voit le conservateur sortir du rôle tout passif que la loi lui assigne et ajouter, de son chef, aux déclarations dont la constatation lui est demandée ou en changer l'économie. Mais il y a cette différence que, tandis que sur un point la jurisprudence favorise et encourage cette tendance très-fâcheuse, elle la réprime, au contraire, sur l'autre et rappelle énergiquement aux conservateurs qu'ils sont, en ce qui concerne la publicité hypothécaire, ce qu'est le notaire par rapport aux conventions formées devant lui, et partant qu'il est dans leur devoir de constater les déclarations qu'ils reçoivent, mais qu'ils n'ont aucune initiative à prendre, et surtout qu'il ne leur appartient pas de s'imposer en quelque sorte et de substituer leur propre volonté à celle des parties. Il y a, selon nous du moins, une autre différence encore, et on a pu déjà la pressentir : c'est qu'autant, sur ce dernier point, le parti pris par la jurisprudence est juridique, autant, sur le premier, sa décision est contraire aux principes et compromettante même pour les intérêts qu'elle a eu cependant la pensée de sauvegarder. Nous allons essayer de l'établir.

§ 1.

Par son arrêt susrelaté, du 26 juillet 1859, la Cour de cassation (chambre des requêtes) décide que le conservateur

des hypothèques auquel un acquéreur, en requérant la transcription de son contrat, demande la délivrance d'un état des inscriptions grevant l'immeuble à lui vendu en les limitant, y compris l'inscription d'office, à celles prises contre le vendeur et contre le précédent propriétaire, ne peut se refuser à délivrer l'état sur transcription ainsi limité, sous le prétexte que l'état sur transcription ne peut être qu'un état général comprenant toutes les charges dont l'immeuble a été affecté entre les mains de tous les anciens propriétaires. La Cour fait en ce point l'application la plus exacte de la loi considérée soit dans son esprit, soit dans sa lettre. Déjà, au n° 1441 de notre *Commentaire sur les Priviléges et Hypothèques*, nous nous étions proposé la question, et, d'accord avec la pratique, nous l'avions résolue dans le même sens que la Cour de cassation et par des considérations que nous retrouvons dans son arrêt. Ces considérations, au surplus, n'étaient que l'expression de la pensée dominante dans la jurisprudence des tribunaux et des Cours impériales; nous pourrions dire que c'était leur pensée à peu près invariable, car à l'exception d'un jugement du tribunal de Rouen en date du 17 juillet 1847, toutes les décisions intervenues, à notre connaissance, sur la question, ont reconnu le droit, pour l'acquéreur, de requérir un état partiel ou limité sur transcription, et enjoint au conservateur de déférer à la réquisition. Les tribunaux de Senlis, de Saint-Omer et du Mans se sont prononcés en ce sens (jug. des 18 janvier 1851 et 27 mai 1857), et les Cours de Caen, d'Angers et d'Orléans ont consacré la même doctrine (arrêts des 26 déc. 1848, 23 août 1856 et 2 déc. 1858). La Cour de cassation, en sanctionnant cette jurisprudence, nous affermit dans nos convictions; et si nous insistons encore pour les défendre, quand la question peut être regardée comme définitivement tranchée, c'est que dans le système du pourvoi déféré à la Cour de cassation, lequel système d'ailleurs est aussi celui du jugement précité du tribunal de Rouen, on a mis en avant un point de vue particulier qui a pu et pourrait encore faire prendre le change.

On y part de cette donnée que le certificat ou l'état requis par l'acquéreur *après la transcription de son contrat* intéresserait les tiers puisque la réquisition est faite en vue de la purge hypothécaire, ce pour quoi un tel état ou certificat ne pourrait pas être incomplet ou partiel. Dans la pensée de l'article 2198

dit-on, le certificat à délivrer par le conservateur, dans ce cas, fait foi pour tous de la situation hypothécaire de l'immeuble, puisque les inscriptions ou les charges qui n'y sont pas portées sont, par rapport aux tiers, comme si elles n'avaient pas d'existence. Le conservateur ne saurait donc déférer à la réquisition d'un acquéreur qui prétendrait se faire délivrer *comme état sur transcription*, c'est-à-dire comme état légalement présumé complet, un état partiel et limité qui, relatant seulement les inscriptions prises contre tel ou tel des anciens propriétaires, serait susceptible de tromper les tiers : il doit toujours, quels que soient les termes de la réquisition, se régler sur le contrat et faire connaître tous les créanciers inscrits contre les anciens propriétaires qui ont possédé et dont les noms sont révélés par l'acte même. En déférant à une réquisition restreinte, il omettrait nécessairement les créanciers inscrits contre quelques-uns des anciens propriétaires; ces créanciers omis seraient lésés, puisqu'on leur laisserait ignorer la vente, qu'on les mettrait dans l'impossibilité de surenchérir, et que le prix serait distribué sans eux : le conservateur engagerait donc sa responsabilité aux termes des articles 2197 et 2198 du Code Napoléon; et la restriction même qui aurait été mise à la réquisition ne l'affranchirait pas, car il n'aurait pas ici l'excuse d'une désignation insuffisante qui ne lui serait pas imputable, puisque ayant été requis *après la transcription du contrat*, il aurait eu dans le contrat même les moyens de connaître tous ceux sur lesquels la purge doit s'accomplir. Cela ne veut pas dire que l'acquéreur, s'il estime que les inscriptions prises contre les anciens propriétaires sont sans objet, ne puisse pas demander et obtenir un état limité aux inscriptions prises contre le vendeur ou contre tel ou tel des anciens propriétaires; mais cela signifie qu'on ne peut pas exiger du conservateur qu'il fasse un mensonge en qualifiant *d'état sur transcription* un état qui, ainsi limité, ne se rattache pas à la transcription, et n'est en réalité qu'*un certificat individuel et sur immeuble désigné*.

Tel est le système. La Cour de cassation ne s'y est pas arrêtée, et le rejetant d'un mot, elle a dit « que l'acquéreur peut tout aussi bien requérir un certificat sur transcription limité à certaines charges qu'un certificat les comprenant toutes. » Justifions cette affirmation, et montrons, pour cela, que la

théorie à laquelle elle répond repose sur l'oubli des principes en matière de purge hypothécaire et que les conservateurs qui ont tenté d'y conformer leur pratique se sont exagéré et leur mission et leur responsabilité.

Tout tiers détenteur qui acquiert la propriété d'immeubles hypothécairement affectés, a deux partis à prendre, entre lesquels il est absolument libre de choisir : il peut remplir les formalités de la purge, et par là libérer les immeubles par lui acquis des priviléges et des hypothèques qui les grèvent, ou, à défaut, il doit subir les poursuites des créanciers dont le gage hypothécaire est passé entre ses mains et qui le contraindront soit à payer la totalité de la dette hypothécaire, fût-elle même supérieure au montant de son prix d'acquisition, soit à délaisser, soit enfin à laisser vendre sur lui. Si le tiers détenteur opte pour la purge, qui lui donne le moyen de se libérer des charges hypothécaires sans payer au delà de son prix d'acquisition, il doit remplir certaines formalités préables : après avoir fait transcrire son contrat en entier par le conservateur des hypothèques, il doit adresser aux créanciers inscrits des notifications dont les éléments sont, avec l'offre de payement jusqu'à concurrence de son prix, un extrait de son titre, une attestation prouvant que la transcription a été requise et a eu lieu, et un tableau des inscriptions ou des charges grevant les immeubles qu'il s'agit de purger. Ce simple aperçu, dans lequel se résument les dispositions des articles 2167 et suivants et des articles 2181, 2183 et 2184 du Code Napoléon, indique par lui-même quels sont le caractère, la portée et les effets de la procédure de purge et aussi de cet état sur transcription que l'acquéreur pourra requérir pour composer le tableau des inscriptions et des charges que les créanciers inscrits doivent trouver dans les notifications.

Le tort de la doctrine condamnée par la jurisprudence est de faire de tout ceci, non pas seulement quelque chose d'obligatoire, mais encore une formalité qui s'identifierait avec la transcription au point d'en former une condition nécessaire et vitale. C'est la donnée même du système, et cette donnée une fois admise, la doctrine arrive tout naturellement aux déductions qui la complètent. En effet, si l'état sur transcription est un élément de la transcription et s'identifie avec elle, il est naturel de penser et de conclure qu'à l'instar de la trans-

cription, ce certificat ou état touche à la publicité hypothécaire, que par suite il intéresse les tiers non moins que l'acquéreur lui-même, et partant que le conservateur, auquel est confié le soin d'assurer la publicité, doit aviser, sous sa responsabilité personnelle, à ce que l'état soit complet et présente dans son ensemble, sans équivoque ni réticence, la situation hypothécaire de l'immeuble que l'acquéreur veut purger.

Mais cette donnée est complétement inexacte. La transcription et l'état sur transcription sont essentiellement indépendants l'un de l'autre; non-seulement les deux choses ne se confondent pas, mais encore elles ont chacune un objet spécial, et les rôles qu'elles jouent dans la procédure de la purge sont ce qu'il y a de plus profondément séparé. La transcription est essentiellement dans l'intérêt soit des tiers auxquels elle fait connaître la transmission de la propriété, soit du vendeur dont elle assure et conserve le privilége; et si la loi récente du 23 mars 1855 n'avait pas rétabli la transcription *translative*, elle serait encore sans aucun objet pour l'acquéreur aux termes de la jurisprudence qui s'était formée tant sur les articles 2106 et suivants que sur l'article 2181, et dont, au surplus, nous avons contesté les données. (V. notre *Comment. sur les priviléges et hypothèques* sur les art. 2106 et suiv. et au n° 1288.) Au contraire, l'état sur transcription n'a d'objet que pour l'acquéreur; il est absolument étranger aux tiers, et si l'acquéreur le requiert, quand il veut procéder à la purge, c'est dans son intérêt exclusivement, et dans un but unique, celui de se mettre en état de faire les notifications aux créanciers qui doivent les recevoir. Aussi, tandis que la transcription est un acte patent qui a et doit avoir sa place dans les registres ouverts à tous, l'état sur transcription se résume en un acte occulte émanant du conservateur et qui s'accomplit entre lui et le requérant sans laisser aucune trace sur les registres de la publicité.

Telle est la donnée qu'il faut substituer à celle d'où part la doctrine que nous combattons; et l'on pressent dès lors que cette doctrine ne saurait se maintenir dans aucune de ses déductions. Si l'état sur transcription n'intéresse les tiers en aucune manière, l'acquéreur n'est pas même tenu de le requérir. Et en effet, la réquisition d'un tel état est éminemment facultative : elle est facultative, non pas seulement comme la transcription qui ne devient obligatoire pour l'acquéreur que s'il

procède à la purge parce qu'elle est alors le préliminaire obligé de la procédure (C. Nap., art. 2181) ; elle est facultative d'une manière absolue, en ce sens que l'acquéreur peut ne pas requérir l'état même alors qu'il veut purger. C'est que cet état ne lui est nécessaire que pour connaître les charges qui grèvent la propriété. Or il peut avoir personnellement une connaissance parfaite de la situation hypothécaire de cette propriété. Par exemple : c'est un immeuble qui a été successivement aux mains de possesseurs nombreux qui tous ont fait transcrire et ont requis état sur transcription ; ou bien encore, c'est un immeuble qu'il avait possédé lui-même et qui lui revient par l'exercice d'un droit de réméré qu'il s'était réservé : requerra-t-il dans ces cas, même en vue de la purge, un certificat qui ne lui apprendra rien qu'il ne sache déjà par lui-même, ou qui ne lui ait été appris par les transcriptions antérieures et les certificats précédemment requis ? Évidemment il s'abstiendra de le faire, et l'on ne concevrait pas qu'il pût être contraint à requérir.

Mais si l'acquéreur peut se dispenser de faire la réquisition de l'état sur transcription, il peut donc, par identité de raison au moins si ce n'est *à fortiori*, la restreindre lorsqu'il juge à propos de la faire, en exigeant que la situation hypothécaire de l'immeuble par lui acquis lui soit indiquée seulement eu égard à telle ou telle personne déterminée, le vendeur par exemple ou l'un des précédents propriétaires. Notez que ceci n'implique rien en ce qui concerne les notifications à faire par l'acquéreur qui procède à la purge : en tout état de cause, il faut que ces notifications soient complètes, c'est-à-dire qu'elles énoncent exactement la situation hypothécaire de l'immeuble, de manière que le créancier inscrit qui reçoit la notification soit en mesure de voir le rang qu'il occupe, de savoir ce qui est dû aux créanciers qui le priment, et d'apprécier, par la comparaison de la somme due à ces créanciers avec le montant de l'offre, s'il doit ou non surenchérir. (V. notre *Comment. sur les priv. et hyp.*, n°s 1314 et 1322.) Mais c'est l'affaire de l'acquéreur, et s'il pense qu'avec ce qu'il sait personnellement de la situation hypothécaire de l'immeuble par lui acquis, l'état partiel qu'il réclame lui suffit pour faire ses notifications, comment et en vertu de quelles dispositions pourrait-on aller à l'encontre et l'obliger à prendre un état général comprenant toutes les charges dont l'immeuble a pu être grevé entre les

mains de tous les propriétaires qui l'ont successivement possédé? Encore, si les possessions successives avaient eu pour effet de produire une indivisibilité de droits entre les divers possesseurs, on comprendrait une telle exigence. Mais il n'y a rien de cela : chacun des possesseurs a eu ses actions et ses droits distincts et séparés; et comme ils ont été dans la plus entière indépendance les uns vis-à-vis des autres, rien ne peut motiver ni expliquer la nécessité où l'on mettrait l'acquéreur qui procède à la purge de requérir un état général qui s'applique à eux tous quand il estime, à ses risques et périls, qu'il peut s'en tenir à un état partiel applicable à un seul ou à plusieurs d'entre eux.

Ces points établis, la démonstration est pour ainsi dire complète. Si rien ne s'oppose à ce que l'acquéreur requière un état sur transcription restreint à certaines charges, il est par cela même évident que le conservateur ne peut pas se dispenser de déférer à une réquisition ainsi limitée. S'il arrivait, par exemple (et cela n'est pas rare dans les ventes par acte sous seing privé), que le contrat soumis à la transcription ne contînt pas établissement de la propriété, et ainsi ne fît connaître aucun autre propriétaire que le vendeur, le conservateur pourrait-il se refuser à délivrer l'état sur transcription sous prétexte des inscriptions qui auraient pu être prises contre d'anciens possesseurs dont l'acte ne mentionne ni l'existence ni les noms? Et comment pourrait-il se refuser davantage à faire la délivrance de l'état à l'acquéreur qui, sans tenir compte des énonciations faites dans un acte portant établissement de la propriété, restreint sa réquisition dans les termes où il lui convient de la circonscrire?

Vainement le conservateur parlerait-il soit de l'intérêt des créanciers, soit de sa propre responsabilité : rien de cela ne saurait justifier sa résistance.

D'une part, en mettant ainsi en avant l'intérêt des créanciers, il se méprendrait d'abord sur sa mission; car, dans l'ordre d'idées où nous sommes placé, rien ne l'autorise à prende en main cet intérêt, dont il n'a pas la garde. Et puis, il se méprendrait sur la situation même, car l'intérêt des créanciers n'est ici aucunement engagé, et rien n'est compromis à leur égard lorsque le conservateur, en se conformant à la réquisition à lui faite, délivre un état sur transcription ne comprenant que

quelques-unes des charges dont leur gage est effecté. L'article 2198 dit, à la vérité, que l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans son certificat une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur; et, par là, le législateur fait perdre son droit de suite au créancier dont l'inscription a été omise dans le certificat. Mais quelle est l'hypothèse de la loi? Elle suppose que le conservateur *a été requis* et qu'il y a eu *omission de sa part;* elle suppose, par conséquent, que dans l'omission qui a été faite il n'y a rien d'imputable à l'acquéreur : et c'est même par là, et par là seulement, que sa disposition s'explique et se justifie. Quand il n'y a pas de fait imputable à l'acquéreur, on comprend que la loi fasse perdre le droit de suite au créancier, bien qu'il n'y ait non plus aucun fait imputable à ce dernier, parce que dans un conflit entre le droit de propriété et le droit de créance, il serait contraire aux idées économiques de ne pas donner la préférence à la propriété dont il importe de faciliter la circulation (V. notre *comm. sur les priv. et hyp.*, n° 1447); mais cette préférence serait injuste autant qu'inexplicable si l'on ne supposait pas que l'acquéreur qui en est l'objet est aussi complétement irréprochable que le créancier. Ainsi, l'acquéreur a requis un état sur transcription sans le limiter en aucune manière, et le conservateur a omis d'y porter les charges inscrites contre l'un des anciens propriétaires; ou bien l'acquéreur a requis un état limité aux inscriptions prises contre son vendeur, et le conservateur n'y a porté qu'une seule inscription au lieu de deux qui ont été prises; voilà l'hypothèse de la loi : c'est pour ce cas que, prenant en main le droit du nouveau propriétaire auquel l'état sur transcription n'a pas donné les renseignements qu'il en devait attendre en vue de la purge, elle lui donne l'immeuble entièrement affranchi comme si la purge était complète. Or ce n'est pas là notre hypothèse. Il n'y aurait pas d'omission sur l'état si le conservateur le délivrait complet dans la mesure où il est requis. L'acquéreur a manifesté une volonté qui a été littéralement suivie; par cela même, il n'est plus dans le cas d'invoquer le bénéfice de l'art. 2198, et quoi qu'il arrive maintenant, le droit des créanciers inscrits, même de ceux auxquels ne s'applique pas l'état partiel ou limité requis par l'acquéreur, est parfaitement sauvegardé. Car, de deux choses l'une : ou

bien l'acquéreur, complétant les indications de l'état partiel au moyen de ce qu'il savait de la situation hypothécaire de l'immeuble, a fait les notifications à ces créanciers, et, dans ce cas, liés qu'ils sont à la procédure de la purge, ils peuvent veiller sur leur gage et n'ont rien de plus à demander; ou bien l'acquéreur, ne sachant pas tout ce qu'il croyait savoir, ne leur a pas fait les notifications, et, dans ce cas, ils se trouvent en présence d'un tiers détenteur qui n'a pas rempli vis-à-vis d'eux les formalités de la purge, et qui par l'effet seul de leurs inscriptions, lesquelles subsistent puisque le conservateur n'a pas déclaré qu'elles fussent rayées, demeure obligé, comme détenteur, à la dette, et tenu, par application des articles 2169 et suivants, soit de payer, soit de délaisser, soit de subir l'expropriation. Ainsi, en toute hypothèse, le droit des créanciers reste entier et pleinement protégé.

D'une autre part, et quant à la responsabilité du conservateur, tout ce qui précède montre déjà qu'elle est également hors de cause. Comment en effet pourrait-elle se trouver engagée? Dans le système que nous combattons, on met en avant les articles 2197 et 2198. Mais, nous l'avons dit au n° 1441 de notre commentaire et nous le répétons avec plus de confiance en présence de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, ces articles ne touchent pas à la difficulté. En déclarant la responsabilité des conservateurs pour les omissions faites dans leurs certificats ou états, ils se réfèrent à l'article 2196, qui exprime les obligations imposées à ces fonctionnaires, et par conséquent ils supposent une réquisition. L'article 2196 est en effet très-explicite à cet égard quand il dit que le conservateur est tenu de délivrer *à ceux qui le requièrent* copie des actes transcrits et des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'en existe pas. Mais lorsqu'une réquisition a été expressément limitée par l'acquéreur à une catégorie de charges grevant l'immeuble par lui acquis, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de réquisition en ce qui concerne les autres catégories de charges dont l'immeuble peut être grevé; en sorte qu'il n'y a pas de base pour l'action en responsabilité quand le conservateur délivre l'état dans les termes mêmes et dans la mesure où il a été demandé. Et puis d'ailleurs, qui donc aurait le droit de provoquer cette action? Les créanciers omis sur l'état n'ont à souffrir en aucun cas de l'omission, car, on vient de le voir, leur situation reste toujours

intacte : et puisqu'il n'y a pas de dommage possible pour eux, ils ne sauraient avoir d'action en réparation. Quant à l'acquéreur, il pourra souffrir de l'omission et il en souffrira inévitablement si, faute d'avoir requis un état général et complet, il s'est trompé sur la véritable situation hypothécaire de l'immeuble et n'a pas fait tout ce qu'il devait faire pour que la propriété demeurât entièrement purgée ; mais c'est lui-même qui en a voulu courir la chance; le conservateur n'a pas à s'en préoccuper : en définitive, il a satisfait à la demande dans les termes mêmes où elle a été formulée et circonscrite ; et en présence de la réquisition restrictive qui lui a été faite, il demeure, quoi qu'il arrive, à l'abri de toute responsabilité.

Ainsi, sur le premier point qui fait l'objet de notre examen, la solution de la jurisprudence est pleinement justifiée.

§ 2.

Il s'en faut de beaucoup que nous en puissions dire autant de la décision prise sur le second point. Il s'agit ici de la radiation à opérer sur les registres du conservateur, lorsque le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme se désiste de l'inscription qu'il a prise et en donne mainlevée. La question qui se pose maintenant en présence des arrêts que nous avons à apprécier est celle-ci : le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme peut-il, seul et sans le concours de celle-ci, donner mainlevée de l'inscription qu'il a prise pour lui et dans son intérêt, c'est-à-dire pour sûreté et jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance, et la radiation, requise même par le mari sur la production d'une telle mainlevée, doit-elle être *totale et définitive?* Ou bien appartient-il au conservateur de réserver les effets de l'inscription dans l'intérêt de la femme, tant qu'il n'est pas justifié d'une mainlevée régulièrement donnée par celle-ci ?

La question n'est pas nouvelle pour les lecteurs de cette *Revue;* nous l'avons examinée au tome XI, p. 22 et suiv., à propos d'un arrêt du 31 mars 1857, par lequel la Cour impériale d'Amiens a jugé que, nonobstant la mainlevée pure et simple, complète et définitive de la part du créancier subrogé, l'inscription peut, de par le conservateur, être maintenue au registre dans l'intérêt de la femme, la mainlevée n'ayant d'effet qu'en ce qui concerne le créancier de qui elle est émanée. Nous avons com-

battu cette solution par des considérations que les usages constants et invariables de la pratique nous avaient suggérées et qui nous paraissaient concluantes. (V. la dissertation précitée et aussi notre *Comm. des priv. et hyp.*, nos 801 et suiv.) Néanmoins, le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'Amiens a été rejeté par la Cour de cassation (chambre des requêtes) le 2 juin 1858; et depuis, la Cour d'Orléans, par un arrêt du 4 août 1859, s'est rattachée à la doctrine, déjà très-exagérée, de la Cour d'Amiens, et a trouvé même à l'exagérer encore. Nous n'avons pas la pensée assurément de reproduire ici une à une nos précédentes observations à l'appui d'une opinion que nous persistons à regarder comme exacte et même comme plus sûrement protectrice pour la femme que les arrêts dont il s'agit ici, bien que l'intérêt de la femme en ait particulièrement inspiré la décision. Nous voulons seulement interroger ces arrêts dans leur économie même, apprécier leurs motifs et voir comment et dans quelle mesure chacun d'eux est contraire à notre solution.

Sous ce rapport, il y a une différence capitale, quoi qu'on en ait pu dire, entre l'arrêt de la Cour de cassation et les arrêts soit de la Cour d'Amiens, soit de la Cour d'Orléans.

Arrêtons-nous d'abord à ces derniers arrêts et particulièrement à celui de la Cour d'Orléans, l'arrêt de la Cour d'Amiens ayant été spécialement l'objet de nos précédentes observations. La doctrine de la Cour d'Orléans est toute radicale : non-seulement cette Cour s'associe pleinement à la théorie de la Cour d'Amiens, laquelle est fondée sur la supposition *absolue* que le créancier subrogé, lorsqu'il requiert l'inscription *à son profit*, fait inscrire l'hypothèque légale au profit de la femme, mais encore, poussant cette théorie dans ses termes extrêmes, elle estime que l'inscription requise par le créancier subrogé n'est pas celle d'un droit qui lui soit propre, mais d'un droit appartenant à la femme, qu'il n'exerce que parce que la femme l'a autorisé, en le subrogeant, à l'exercer en son lieu et place; en un mot que la femme, en subrogeant le créancier dans son hypothèque légale, et en l'autorisant par cela même à faire inscrire cette hypothèque, *l'a constitué son mandataire à l'effet d'inscrire tout à la fois dans son intérêt à elle mandante et dans son intérêt à lui mandataire!*

Il est impossible, à notre avis, de méconnaître plus complète-

ment la nature du droit conféré par la femme au créancier envers lequel elle s'est obligée.

La subrogation à l'hypothèque légale est une convention peu définie; c'est à cela, sans aucun doute, qu'il faut attribuer les incertitudes et la diversité de vues qui se sont produites quand il s'est agi de l'apprécier dans sa nature et d'en déterminer les effets. Mais enfin, sans insister ici sur des doctrines que nous avons discutées ailleurs (V. notre *Comm. des priv. et hyp.*, nos 472 et suiv.) et dont l'examen nous conduirait à de trop longs développements, disons qu'une notion se dégage sans aucune équivoque de l'état actuel et de l'ensemble de la jurisprudence : c'est que, de quelque manière que la femme abandonne les sûretés hypothécaires qu'elle tient de la loi, à quelque parti qu'elle s'arrête, entre ces deux modes sanctionnés par la loi du 23 mars 1855, à savoir la *cession directe* ou la *renonciation*, la convention qui intervient entre elle et le créancier aboutit en toute hypothèse à ce résultat que le créancier est tenu pour subrogé aux droits de la femme. Il faut donc laisser à la subrogation ses effets juridiques. Et l'un de ces effets, le plus direct assurément, est de mettre le subrogé aux lieu et place du subrogeant, et de l'investir, en tout ou en partie, des droits de celui-ci : c'est l'idée découlant de la subrogation qui, selon la définition d'auteurs notables tant anciens que modernes, est précisément « une fiction par laquelle le créancier est censé avoir cédé ses droits à un tiers. » Donc, en même temps que le subrogé est *saisi* d'une partie des droits du subrogeant, celui-ci, de son côté, est *dessaisi* de cette même partie; le droit du subrogeant (son hypothèque) subsiste toujours entier, et ce n'est pas un nouveau droit qu'acquiert le subrogé; mais ce droit, cette hypothèque qui subsiste entière, se divise; elle sort, pour partie, des mains du subrogeant et passe aux mains du subrogé, dont elle devient la propriété pour cette même partie.

Cela étant, il ne peut pas être exact de prétendre, en droit, que lorsqu'il requiert l'inscription à son profit, le créancier subrogé fait inscrire l'hypothèque légale de la femme au profit de celle-ci ; sans quoi il faudrait dire qu'il n'y a pas eu de cession, ou supposer que la femme n'a rien cédé au créancier, qu'elle a donné et retenu en même temps, qu'elle a cédé et gardé sa créance ! Et quant à l'idée de mandat, on ne conçoit pas qu'elle ait pu se produire. Elle est d'abord le renversement

de la situation : car lorsque, pour subvenir au crédit du mari, la femme majeure et capable cède les sûretés hypothécaires qu'elle tient de la loi au créancier qui ne veut traiter avec le mari qu'à ce prix, c'est manifestement ce créancier qui fait la loi; il ne la subit pas, et assurément la femme n'est pas dans le cas de se poser vis-à-vis de lui comme mandante.—Cette idée, ensuite, est inexplicable au point de vue juridique; car, dès que la subrogation fait du créancier un véritable propriétaire de l'hypothèque ou de la portion qui lui a été cédée, àquel titre et de quel droit la femme donnerait-elle mandat à l'effet de *conserver pour elle*, par une inscription, cette hypothèque *qui a cessé d'être sienne* en tout ou en partie? Et comment, surtout, trouverait-on le mandat précisément dans la subrogation, c'est-à-dire dans la convention même qui, en dépossédant la mandante prétendue, investit le prétendu mandataire, et par cela même exclut la possibilité du mandat? — L'idée, enfin, est incompatible même avec la théorie du mandat. Ainsi, le mandat est essentiellement révocable au gré du mandant (C. Nap., 2003, 2004). Or penserait-on que la femme, après avoir consenti la subrogation, pourrait à son gré révoquer le mandat prétendu qu'on suppose, et enlever ainsi au créancier la possibilité de conserver par l'inscription le droit résultant de la subrogation? Ainsi encore, gratuit ou salarié, le mandat implique, pour le mandataire, *obligation d'agir* sous une responsabilité fort sérieuse, puisque non-seulement elle atteint le dol, mais encore qu'elle s'étend aux fautes commises dans la gestion (C. Nap., art. 1992). Or qui oserait soutenir que le créancier subrogé, ce mandataire prétendu, n'est pas absolument libre d'agir, qu'il n'est pas maître d'user ou de ne pas user des garanties contenues dans son titre, d'inscrire ou de ne pas inscrire? Et si ce mandataire prétendu, investi de la charge de requérir l'inscription de l'hypothèque légale, a trouvé bon pourtant de passer cette hypothèque sous silence en faisant l'inscription de l'hypothèque conventionnelle qui lui a été consentie en même temps, qui oserait soutenir qu'il est responsable de la non-exécution du mandat?

Ainsi, à tous les points de vue, il est complétement inexact, en droit, de prétendre que, lorsqu'il requiert l'inscription de la subrogation, le créancier subrogé procède comme mandataire de la femme ou qu'à un autre titre quelconque il fait inscrire l'hypothèque légale de celle-ci.

Et puis, la proposition est absolument contraire à la vérité du fait. L'hypothèque légale de la femme assure à celle-ci tous les droits et créances qu'elle peut avoir à exercer contre son mari. Est-ce de cela qu'il s'agit pour le créancier subrogé? En aucune manière. Cessionnaire d'une part déterminée à prendre dans la totalité des reprises de la femme; cessionnaire de ces reprises dans la mesure de sa propre créance, il conserve, par son inscription, ces reprises, quelle qu'en soit l'origine ou la nature, mais seulement jusqu'à concurrence de la part qui lui a été cédée. Ce qu'il inscrit donc, c'est son droit personnel, la subrogation qu'il a obtenue. Ceci était parfaitement formulé dans ces *mentions de subrogation* auxquelles la pratique s'était arrêtée comme au moyen le meilleur de donner la publicité au droit du créancier, et qu'elle semble vouloir abandonner après l'arrêt du 4 février 1856, par lequel la Cour de cassation les a si mal à propos condamnés [1]. Ces mentions précisaient nettement que le droit inscrit était la subrogation, c'est-à-dire la portion détachée des reprises au profit du créancier inscrivant, un droit éventuel et conditionnel, en ce sens qu'à l'état de subrogation au moment où la formalité est requise, il ne doit rester aux mains du créancier qu'autant que subsisteront les causes de la subrogation. Mais de ce que la forme est changée, quant à présent, de ce qu'il y a moins de précision dans celle qui est substituée à l'ancienne, il ne s'ensuit pas qu'il y ait changement dans le fond des choses; et de ce que le créancier requiert aujourd'hui *une inscription* au lieu de requérir *une mention*, il ne s'ensuit pas que ce qu'il rend public soit autre chose que son droit propre et personnel. En tout état de cause, c'est méconnaître la vérité du fait, lorsque le créancier de 1,000 fr., par exemple, inscrit la subrogation qu'il a obtenue pour s'assurer le payement de cette somme, de supposer qu'il conserve, par son inscription, des reprises dont la totalité sera peut-être de 50 ou de 100,000 fr.!

Tout ceci détruit la donnée même sur laquelle repose l'arrêt de la Cour d'Orléans; et sans y insister davantage quant à présent, nous arrivons à l'arrêt de rejet rendu par la chambre des requêtes le 2 juin 1858. On a dit de cet arrêt qu'il se confond

[1] V. dans cette *Revue*, t. IX, p. 97 et suiv., les observations critiques que nous avons présentées sur cet arrêt.

avec celui de la Cour d'Amiens en ce qu'il en *maintient* et en *reproduit* la doctrine. On s'est mépris en cela sur le sens et la portée des deux décisions. Nous savons bien que par quelques-uns des motifs de son arrêt, la Cour de cassation s'est engagée dans une voie tout opposée à celle qu'elle s'ouvrait par le principe même de sa décision, et dans laquelle, d'ailleurs, il ne nous semble pas possible qu'on la suive ; c'est ce que nous aurons bientôt à établir : mais ce qu'il faut dire dès à présent, c'est que la seule lecture de l'arrêt suffit à faire reconnaître que si la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'Amiens, elle n'en a pas du moins accepté la doctrine dans ce qu'elle a de radical. Il en résulte que, tandis que la Cour d'Amiens pose une thèse absolue en ce sens que, d'après elle, l'inscription par le créancier subrogé *doit toujours et nécessairement profiter à la femme, de quelque manière et dans quelque intérêt que l'inscription ait été faite,* la Cour de cassation y met une réserve notable en ce que, dans les termes de son arrêt, l'inscription du créancier subrogé *peut profiter à la femme* et lui profite spécialement quand, *en fait* (c'est le premier motif de son arrêt), elle a été prise par le subrogé *sans distinction entre ses droits et ceux qui appartiendraient à sa débitrice.* La Cour de cassation distingue donc là où ni la Cour d'Amiens ni celle d'Orléans ne supposent la possibilité d'une distinction ; elle réserve virtuellement le cas où les termes de l'inscription démontreraient que l'inscrivant, au lieu de procéder collectivement à son profit individuel et au profit de la femme, aurait agi exclusivement dans son intérêt propre et personnel ; et admettant que le subrogé peut prendre à son profit *une inscription distincte*, elle reconnaît implicitement que si l'inscription est ainsi prise, le créancier subrogé en reste seul bénéficiaire et peut seul en réclamer les effets.

Ainsi entendu, l'arrêt de la Cour de cassation est d'une exactitude parfaite *en principe*. La seule chose qu'il y ait de contestable, c'est l'application qu'y reçoit la règle qu'il suppose. Ainsi, si le créancier avait requis inscription au profit et au nom de la femme, et s'était ensuite borné à ajouter qu'il était subrogé dans l'hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance, on concevrait que l'inscription fût considérée, dans ce cas, comme devant profiter à la femme. Il en devrait être ainsi d'autant plus que, dans le fait, l'inscrivant se serait placé dans

une situation assez semblable à celle d'un créancier de la femme sans droit personnel à l'inscription et qui, n'ayant d'autres droits que ceux résultant des articles 1166 et 2092 du Code Napoléon et 775 (ancien 778) du Code de procédure, n'a pu faire un acte utile pour lui, par l'inscription qu'il a prise, qu'en conservant le droit de sa débitrice. Mais laissons cette hypothèse, d'ailleurs exceptionnelle, et plaçons-nous dans les cas qui se présentent habituellement : — c'est un créancier qui, subrogé dans l'hypothèque légale, requiert en même temps et à la fois, à *son profit* ou en *son nom personnel*, inscription de l'hypothèque conventionnelle qui lui a été consentie par le mari, et de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé par la femme jusqu'à concurrence du montant de sa créance; — ou encore, c'est un créancier qui, sans exprimer qu'il agit à *son profit* ou en *son nom personnel*, mais sans annoncer non plus qu'il agit au *nom de la femme*, dit, après les énonciations relatives à son hypothèque conventionnelle, qu'il requiert contre le mari l'inscription de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé jusqu'à concurrence de... montant de sa créance; — dans ces situations, dont le dernière est précisément celle qui se produisait dans l'espèce sur laquelle il a été statué par la Cour de cassation, le caractère individuel de l'inscription ou la distinction entre les droits du créancier et ceux pouvant appartenir à sa débitrice, résulte avec évidence non-seulement de ce que l'inscription n'est pas prise au nom de la femme, ce qui est déjà de quelque considération, mais encore de ce que le créancier n'a requis cette inscription de l'hypothèque légale que *jusqu'à concurrence de sa propre créance*, de ce que la femme *est restée complément étrangère à l'action du créancier*, enfin de ce que, par la force même des choses et en présence de l'article 2139, qui, interprété par la jurisprudence, refuse virtuellement à tous autres qu'aux parents, soit du mari, soit de la femme, le droit d'inscrire l'hypothèque légale au nom de celle-ci [1], le créancier subrogé ne peut agir qu'en son nom personnel, comme exerçant un droit à lui propre, *lorsque rien, dans l'inscription, ne montre qu'il procède comme simple créancier et dans les termes de l'article* 1166.

C'est donc par une fausse application du principe que sup-

[1] V. un arrêt de la Cour de Caen du 8 mai 1839.

pose la réserve introduite par la Cour de cassation elle-même dans les termes de son arrêt, que cette Cour, dans l'espèce qui lui était soumise, a considéré comme devant profiter à la femme l'inscription prise par un créancier subrogé. Dans l'état des faits, dans la pensée très-évidente des parties et dans les termes très-expressifs du bordereau, cette inscription était exclusivement personnelle au créancier; et rien, dans ses divers éléments, ne lui donnait le caractère d'une inscription collective. Mais la fausse application d'une règle n'en altère en aucune manière la force ni la vérité, en sorte que, d'après la Cour de cassation elle-même et sur l'autorité du principe mis en tête de son arrêt, on peut dire que la subrogation dont un créancier réclame les effets *en vertu d'une inscription distincte* crée en lui un droit propre et personnel qu'il exerce dans son intérêt et dont nul autre que lui ne saurait se prévaloir et profiter.

Ce point établi, il semble que la question se trouve résolue par cela même. De quoi s'agit-il, en effet? de savoir si le créancier subrogé peut seul et sans le concours de la femme donner mainlevée de l'inscription qu'il a requise dans son propre intérêt; et si, lorsque le créancier a donné cette mainlevée, il appartient au conservateur de maintenir encore l'inscription et d'en réserver les effets dans l'intérêt de la femme. Et là-dessus il semble qu'il n'y a pas la moindre difficulté. Si le créancier est titulaire de cette inscription qui ne *profite qu'à lui*, si elle lui appartient exclusivement et au même titre que la garantie hypothécaire dont elle est la manifestation publique, il en a seul la disposition entière et libre. Aurait-il besoin du concours de la femme pour renoncer au droit hypothécaire que celle-ci lui a cédé et pour l'abandonner? non, assurément. Il n'a donc pas besoin du concours de la femme pour se désister et donner mainlevée de l'inscription qui n'est que la manifestation de ce droit hypothécaire, et qui n'a de vie que par lui. Et si le créancier peut ainsi, en vertu d'un droit qui lui est personnel défaire seul, par sa mainlevée, ce qu'il a fait lui-même, la conséquence ultérieure est que le conservateur n'a pas autre chose à faire sur la production de la mainlevée, qu'opérer une radiation *totale et définitive* qui efface l'inscription et la fasse disparaître aussi complétement que si elle n'eût jamais été faite. C'est ainsi que les choses se passaient habituellement.

Comment donc la jurisprudence, au premier jour où une difficulté tout à fait imprévue a été portée devant elle sur ce point, a-t-elle pu reconnaître au conservateur le droit de procéder autrement, et l'autoriser, en rayant l'inscription par rapport au créancier subrogé de qui la mainlevée émane, à en réserver les effets dans l'intérêt de la femme? Dans le système des Cours d'Amiens et d'Orléans, cela s'explique à merveille, sans se justifier toutefois. Ces Cours partant de l'idée que, de quelque manière et dans quelque intérêt qu'elle soit faite, l'inscription prise par le créancier subrogé doit toujours et nécessairement profiter à la femme, sont conséquentes avec elles-mêmes quand elles en viennent ensuite à conclure que l'inscription survit à la radiation consentie par le créancier subrogé, et partant, qu'il appartient au conservateur de la maintenir sur les registres, nonobstant la mainlevée du créancier, tant qu'il n'est pas justifié d'une mainlevée émanant de la femme elle-même. Ceci est inexact en droit: mais le vice du raisonnement n'est pas dans la conclusion, qui répond parfaitement aux prémisses; il est dans ces prémisses elles-mêmes, qui, étant inacceptables en droit, conduisent à un résultat également inacceptable.

Il n'en est pas ainsi de l'arrêt de la Cour de cassation. Dans son principe, très-juste d'ailleurs sauf l'application, les effets de l'inscription sont déterminés par sa rédaction même : personnelle au créancier subrogé, si celui-ci a eu le soin de distinguer ses propres droits de ceux de la femme, l'inscription est commune et profite à la femme ainsi qu'à lui si, dans sa teneur, elle ne fait aucune distinction entre leurs droits respectifs. Telle est la pensée que la Cour de cassation fait apparaître dans le premier motif de son arrêt, et dont elle fait comme le point de départ de sa décision. D'après cela nous aurions compris cette décision si la Cour s'en fût tenue à dire que, dans l'espèce, l'inscription ne contenait pas une distinction suffisante entre les droits du créancier et ceux de la femme, ou que les termes en étaient tels qu'ils laissaient de l'incertitude sur le point de savoir quel était le titulaire ou le bénéficiaire de l'inscription : c'eût été là une appréciation plus ou moins contestatable en fait, et qui, dans tous les cas, aurait pu se produire sans danger, parce que les principes y sont complétement désintéressés. Mais la Cour de cassation a cru devoir aller au delà : après avoir posé le principe, elle l'a soudaine-

ment abandonné, et empruntant à l'arrêt de la Cour d'Amiens quelques-uns de ses motifs, elle a dit « qu'en droit les inscriptions sont rayées du consentement des *parties intéressées* (art. 2157); que *l'intérêt de la femme* à ce que l'inscription de son hypothèque légale soit maintenue, résulte de la disposition même de la loi *qui prescrit l'inscription de cette hypothèque à son profit* (art. 2136); qu'ainsi la femme est au nombre des parties intéressées dont parle l'article 2157, et dont le consentement est nécessaire pour obtenir la radiation; qu'enfin, formée par le mari, la demande en radiation est d'autant moins admissible que c'est le mari lui-même que la loi charge expressément, *sous les peines du stellionat*, dans certains cas, de requérir l'inscription sur ses biens... » Or, nous n'hésitons pas à le dire, ces motifs, successivement reproduits dans l'arrêt de la Cour d'Amiens, dans celui de la Cour de cassation et dans celui de la Cour d'Orléans, sont bien loin de justifier la solution.

Et d'abord, nous pourrions les reprendre en détail et montrer qu'il s'élève contre chacun d'eux des objections décisives. Ainsi, la Cour parle de l'intérêt qu'a la femme à ce que son hypothèque soit inscrite et à ce que l'inscription soit maintenue. Elle ne prend pas garde qu'avant toute aliénation des immeubles par le mari, cet intérêt est absolument nul, puisque, vis-à-vis de la femme du moins, l'hypothèque légale existe indépendamment de l'inscription (art. 2135), et qu'après l'aliénation l'intérêt est contraire, en ce que la purge légale n'étant pas nécessaire dès que l'hypothèque légale est inscrite, il pourrait arriver que cette hypothèque fût purgée sans que la femme en eût rien su, et que son droit eût péri sans qu'aucun avertissement direct et personnel fût venu la mettre en demeure d'avoir à l'exercer. — Ainsi encore, la Cour parle de l'obligation d'inscrire faite au mari par l'article 2136. Et elle ne prend pas garde qu'en ce qui concerne l'inscription, l'article 2136 contient au fond un simple précepte pour le mari, et que cette obligation prétendue qu'il impose n'a pas de sanction dans la loi. On ne saurait s'arrêter en effet à cette affirmation de l'arrêt de rejet, acceptée et trop facilement reproduite par la Cour d'Orléans, que le défaut d'inscription par le mari peut à lui seul constituer le stellionat. La loi ne va pas jusque-là, et c'est fort heureux? car, s'il en était autrement, quel serait le mari en France, fût-il avocat, avoué, notaire ou même magis-

trat, qu'il ne faudrait pas déclarer stellionataire? La loi dit seulement que les maris qui, *ayant manqué de prendre inscription*, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques sur leurs immeubles *sans déclarer expressément l'hypothèque légale* seront réputés stellionataires, et comme tels seront contraignables par corps. Et ce choix, laissé par la loi au mari, entre une inscription à faire quand le droit de la femme prend naissance, ou une déclaration expresse à faire au moment de la constitution d'une hypothèque, prouve par lui-même qu'en ce qui concerne particulièrement la charge pour le mari d'inscrire l'hypothèque légale, l'article 2136 contient un simple précepte plutôt qu'une obligation. — Ainsi enfin, la Cour estime que le mari étant chargé lui-même de donner la publicité à l'hypothèque, il ne lui appartient pas de demander la radiation d'une inscription par l'effet de laquelle cette hypothèque a reçu la publicité. Et elle ne prend pas garde que cette espèce de fin de non-recevoir qu'elle crée, en supposant même (ce que nous avons démontré n'être pas) que l'inscription de la subrogation soit l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, va directement contre les principes. Sans doute, s'il s'agissait ici d'une inscription prise, soit par le mari lui-même, soit par un parent de la femme ou du mari, ou d'une inscription requise par le procureur impérial (art. 2138, 2139), l'argument serait irrésistible. Toute demande du mari tendant, non pas à la réduction dans les termes de l'article 2144, mais à la radiation pure et simple, devrait incontestablement être rejetée. Mais il s'agit d'une inscription qui, en tant qu'on en veut étendre les effets à la femme, a été prise sans droit par une personne qui n'avait pas qualité pour la prendre ou la requérir. Qui donc autre que le mari ou plus que lui, dans cette situation, a intérêt et qualité pour déférer aux tribunaux l'empiétement qui vient l'atteindre dans ses prérogatives de mari? Évidemment, les tribunaux doivent lui venir en aide dans ce cas, et de même qu'ils ne peuvent exiger de lui qu'il prenne inscription dans l'intérêt de la femme, de même ils ne peuvent se refuser à l'entendre, ni repousser son action lorsqu'il demande la nullité et la radiation d'une inscription prise contre lui par des tiers autres que ceux auxquels la loi donne le droit ou la faculté de la requérir.

Mais n'insistons pas sur cet examen de détail : aussi bien,

dans l'économie de l'arrêt de la Cour de cassation comme de ceux des Cours d'Amiens et d'Orléans, tous ces motifs ont leur cause commune dans l'article 2136, ou plutôt dans la supposition que cet article aurait créé, pour le mari, l'*obligation* d'inscrire l'hypotèque légale de la femme *dans l'intérêt de celle-ci*. C'est là surtout ce qu'il faut contester.

Certes, nous ne voulons pas nier que l'inscription, si elle est faite par le mari en observation de l'article 2136, ne puisse militer pour la femme et prendre le caractère d'un acte conservatoire dont celle-ci peut être appelée à user. Mais cet effet tout occasionnel de l'inscription ne saurait modifier la pensée de l'article qui charge le mari de la requérir, ni la portée de la disposition. La question est donc de savoir quelle a été la pensée de l'article 2136, et notamment si en disant que le mari sera tenu de requérir sans aucun délai inscription sur les immeubles à lui appartenant et sur ceux qui pourront lui appartenir par la suite, cet article s'est préoccupé de l'intérêt de la femme. Et sur ce point il n'y a pas à hésiter. En effet, qu'est-ce qui importe à la femme au point de vue de la garantie hypothécaire à laquelle elle a droit pour les créances qu'elle peut avoir sur son mari? C'est l'existence même de l'hypothèque et l'assurance que cette hypothèque sera conservée à son rang. Or la loi elle-même pourvoit à cela par l'article 2135 duquel il résulte que l'hypothèque légale *existe indépendamment de toute inscription* au profit de la femme, et qu'elle *a son rang au jour même où prend naissance la créance qu'elle garantit*. Ainsi la protection du droit de la femme est dans la *dispense d'inscription*, moyen efficace par-dessus tous autres, puisque si l'hypothèque légale était astreinte à l'inscription, il y aurait toujours un intervalle, quelque court qu'on le suppose, pendant lequel le droit de la femme, exposé qu'il serait à être primé par celui du créancier envers qui le mari se serait obligé ou aurait été condamné, se trouverait en réalité sans aucune protection. Cela étant, comment supposer que la loi, qui s'est réservé à elle-même la conservation de l'hypothèque légale, ait douté de sa propre puissance, et que, tombant dans la plus inexplicable contradiction, elle ait voulu faire de l'inscription un moyen conservatoire dans l'intérêt de la femme à l'instant même où, dans une pensée de protection plus efficace, elle venait de proclamer que le droit de la femme serait conservé indépendam-

ment de toute inscription? C'est assurément impossible, et il faut tenir pour certain qu'un autre intérêt que celui de la femme a particulièrement inspiré la disposition.

Quel autre intérêt? Il est aisé de le reconnaître. Dans le système de la loi, l'inscription n'a pas seulement pour objet la détermination du rang hypothécaire, c'est-à-dire *la conservation du droit au profit du créancier;* elle a aussi pour objet la manifestation de l'hypothèque, c'est-à-dire *la publicité dans l'intérêt des tiers.* Or, en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme, nous avons montré comment, par une exception formelle de la loi, le droit *se conserve* sans aucune inscription. Donc, si la loi demande néanmoins que l'inscription soit faite, ce ne peut être qu'au point de vue de la publicité, ou pour la manifestation de l'hypothèque dans l'intérêt des tiers.

Après tout ce qui précède, faut-il démontrer que c'est bien dans cette pensée que l'article 2136 a disposé? La preuve est dans les discussions dont cet article a été précédé et dans son économie même. Dans sa rédaction première, l'article 2136 était plus absolu qu'il ne l'est aujourd'hui. Ce fut le consul Cambacérès qui, dans une prévision qui ne s'est que trop souvent réalisée, demanda que la rédaction en fût modifiée. « Il conviendrait d'exprimer, disait-il, que les inscriptions exigées par l'article 2136 *n'ont d'autre objet que d'avertir les tiers.* Autrement, ceux qui n'auraient pas la discussion sous les yeux concevraient difficilement comment des hypothèques qui, aux termes de l'article précédent, *ont de plein droit toute leur force,* se trouvent cependant soumises à cette formalité. » Et cette discussion à laquelle le consul renvoie pour lever tous les doutes, abonde en effet en observations nettes et décisives. Ici, c'est Tronchet qui s'exprime en ces termes : « *Ce n'est pas pour l'intérêt des femmes* et des mineurs que les inscriptions sont formées, puisque leur hypothèque *est indépendante de cette formalité. C'est pour la sûreté des tiers.* » Là c'est Berlier qui ajoute : « *Inutile à la femme et au mineur, puisque la loi veille pour eux,* cette inscription a purement *lieu dans l'intérêt public. Elle n'a pour but que d'avertir les tiers* [1]. »

Tout cela est bien significatif; il y a pourtant quelque chose

[1] V. M. Locré, t. XVI, p. 258, 259, 260; M. Fenet, t. XV, p. 365 et 366 (séance du 5 ventôse an XII).

qui est peut-être plus significatif encore, c'est l'économie de l'article 2136 lui-même. D'abord il y est question d'une inscription à requérir *sans aucun délai!* Donc, ce qui préoccupe le législateur, ce n'est pas l'intérêt de la femme, lequel, étant sauvegardé par la loi elle-même, ne demande pas que le mari mette tant de hâte à requérir l'inscription; c'est évidemment le besoin de la publicité et l'intérêt des tiers auxquels l'existence de l'hypothèque ne saurait être trop tôt révélée. Ensuite, il y a le choix laissé au mari entre une inscription immédiate ou une déclaration expresse à faire ultérieurement. Or ce sont là deux moyens alternatifs, qui évidemment répondent à la même pensée; et comme on ne peut pas raisonnablement supposer que la déclaration expresse soit exigée en vue de la femme, il faut bien admettre que ce n'est pas non plus dans l'intérêt de celle-ci que l'inscription est demandée. Enfin, il y a la sanction de stellionat et de contrainte par corps; et cette sanction, plus encore que tout le reste, fixe le sens du texte et en restreint la portée; car assurément elle n'est pas prononcée au profit de la femme qui n'y a aucun droit dès que le défaut d'inscription ne peut jamais lui faire grief, et qui, dans tous les cas, serait empêchée, par la loi elle-même autant que par le sentiment des convenances, d'en user à l'encontre de son mari.

Voici donc qui est bien constant : les arrêts dont nous venons d'apprécier la doctrine se sont placés dans un ordre d'idées qui n'est pas celui de la loi. En restituant l'article 2136 dans sa pensée véritable, en lui rendant sa physionomie de disposition particulière, restreinte et toute spéciale, on atteint ces arrêts dans leur base, et toutes les déductions dans lesquelles ils se résument se trouvent par cela même infirmées. Quand il est certain que, même dans les termes de l'article 2136, l'inscription prise par le mari en tant qu'afférente à l'hypothèque légale de la femme est destituée, par l'effet de l'article 2135, du caractère essentiel et intrinsèque d'acte conservatoire et n'a que le caractère extérieur et accessoire d'instrument de publicité, il est bien évident que l'inscription prise par le créancier subrogé ne saurait être considérée comme ayant un caractère différent par rapport à la femme. Donc, s'il arrive que les causes de la subrogation ayant cessé, le mari demande la radiation sur une mainlevée pure et simple

donnée par le créancier subrogé, il ne faut pas invoquer l'intérêt de la femme et en faire le principe d'une fin de non-recevoir contre l'action du mari. Cet intérêt est ici complétement hors de cause; il n'a pas eu la moindre place dans la pensée qui a présidé à la rédaction de l'article 2136; et le mettre en avant pour justifier et absoudre la prétention d'un conservateur qui, par un excès de zèle intempestif, sort du rôle passif que la loi lui confie, et en présence d'une mainlevée pure et simple donnée par le créancier subrogé, croit pouvoir réserver l'effet de l'inscription dans l'intérêt de la femme, c'est méconnaître la portée de la loi et la pensée dans laquelle elle a disposé.

Ainsi a raisonné pourtant la Cour de cassation elle-même, et c'est en cela qu'elle nous semble s'être méprise. Sans doute son arrêt ne va pas aussi loin que ceux des Cours d'Amiens et d'Orléans; mais il va trop loin encore, et il faut le regretter. Déjà les conservateurs, qui n'y avaient pas songé jusque-là, mettent en pratique la doctrine que la Cour de cassation semble avoir consacrée. La réserve dont il s'agit ici tend à devenir de style, et il arrive, par le fait, que les conservateurs inscrivent d'office l'hypothèque légale au profit de la femme, non-seulement sur la représentation des bordereaux du créancier subrogé, mais encore sur le vu d'une quittance de deniers propres à la femme. Plaise à Dieu qu'il ne leur vienne pas à la pensée bientôt d'incrire au vu de tous actes qui leur apparaîtront comme impliquant un accroissement des droits garantis par l'hypothèque légale!

Cependant cette pratique nouvelle, qui nuit considérablement au mari, dont elle paralyse l'action, ne peut servir personne, ni les conservateurs, ni même les femmes, qu'elle a cependant la prétention de protéger.

Quant aux conservateurs, il y a là sans doute prétexte à quelques émoluments de plus. Mais la question, pour d'aussi honorables fonctionnaires, n'est pas précisément d'émolumenter plus ou moins; leur intérêt véritable consiste à éviter les responsabilités. Or le moyen le plus sûr pour eux est de ne pas sortir de leur rôle passif et de ne rien ajouter de leur chef aux constatations qui leur sont demandées. Institués, comme le notaire, pour recevoir et constater la déclaration des parties, ils n'ont rien de plus à faire; et quand une radiation pure et

simple est requise, le mieux pour eux est de rayer purement et simplement, parce que, en se renfermant ainsi dans les termes mêmes de la réquisition, ils se tiennent dans la ligne de conduite qui leur est tracée, et par là même se défendent à l'avance contre toute action en responsabilité.

Quant aux femmes, la pratique nouvelle est un véritable péril pour elles et non pas une protection. Non-seulement la femme aura à souffrir de la gêne résultant, pour le mari et pour le ménage, de cette inscription que le conservateur a réservée et qui va nuire à la libre activité des affaires, mais encore elle n'aura plus toute l'étendue de la garantie. L'inscription de l'hypothèque légale en appelle inévitablement la réduction. En effet, cette hypothèque est générale en principe; elle atteint les biens présents et à venir du mari. Ainsi le veut la loi, et on comprend qu'il n'en pouvait pas être autrement, quand on songe que jusqu'au dernier jour la créance garantie par l'hypothèque légale demeure indéterminée. Mais on comprend aussi qu'il n'y a pas de mari qui veuille rester sous le coup d'une inscription par laquelle tous ses biens, non-seulement ceux qu'il possède actuellement, mais encore ceux qu'il pourrait acquérir par la suite, à quelque titre que ce soit, seront marqués du signe hypothécaire. Il aura donc recours aux dispositions de la loi qui, après avoir consacré en principe la généralité de l'hypothèque légale (art. 2122), a permis de ramener cette hypothèque sous la règle de la spécialité (art. 2140 à 2145). Il formera l'action en réduction dont l'exercice est sans motif pour lui, tant que l'hypothèque n'est pas inscrite, mais qui devient une nécessité dès que l'inscription apparaît; et il fera cantonner l'hypothèque sur tels ou tels immeubles déterminés, ce qui lui permettra de disposer des immeubles que le cantonnement aura laissés libres et de les soustraire irrévocablement à l'action hypothécaire de sa femme. Ainsi, par le seul fait de l'inscription, l'hypothèque pourra perdre son caractère de généralité; et s'il arrive ensuite que, soit par l'effet d'une succession ouverte au cours du mariage, soit par une donation, soit par toute autre cause, la créance de la femme se trouve accrue au jour de la liquidation, son hypothèque légale n'en demeurera pas moins spécialisée. Et voilà comment le système de l'inscription permanente peut conduire la femme à n'avoir plus qu'un gage insuffisant!

A l'heure qu'il est, il existe contre la solution que nous soutenons ici des précédents graves et fort imposants. Mais la jurisprudence n'est pas immuable; et si l'occasion est offerte encore aux tribunaux de se prononcer, nous avons l'espoir qu'ils résoudront la question dans un sens conforme aux principes et que, barrant le passage à la nouveauté qui vient de s'introduire sur les pas de quelques conservateurs dissidents, ils rétabliront dans toute leur autorité les pratiques anciennes qu'une longue tradition avait consacrées. PAUL PONT.

DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX,

D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS DES PEUPLES SCANDINAVES.

Extrait d'un traité de la communauté des biens, par le docteur Knut D'OLIVECRONA, professeur de droit romain et de droit suédois à l'Université d'Upsal [1].

CHAPITRE Ier.

De la convention des fiançailles, de la donation du *mundr* et de la remise solennelle de la fiancée.

Le droit primitif des peuples du Nord montre, avec infiniment plus de clarté que celui des Germains du Sud, toute la portée de l'idée alors régnante de la famille comme un tout pour soi, comme une société nettement circonscrite par rapport aux autres familles coexistantes. Aussi trouve-t-on cette idée servant partout de base, dans les lois des Scandinaves, aux prescriptions détaillées qu'elles contiennent sur l'acte de la vie le plus important à l'individu, le mariage, considéré presque

[1] La *Revue* a publié en 1857, un extrait du cinquième volume (publié en 1858), de l'*Histoire du droit français* de M. Laferrière, sur le Régime nuptial des Normands, et ses rapports avec l'ancien droit des Danois ou des peuples Scandinaves. — Ce point de vue nouveau dans l'histoire du droit a donné à *M. d'Olivecrona*, professeur à l'Université d'Upsal, l'heureuse idée de communiquer à la *Revue*, un extrait de la seconde édition de son important ouvrage sur la communauté scandinave. Nos lecteurs nous sauront gré de leur faire connaître la traduction de cette partie intéressante de la savante publication du professeur suédois. (*Note de la Direction.*)

exclusivement comme une affaire de famille. Une importance si grande était attachée à la seule naissance du désir de contracter union matrimoniale avec le membre d'une autre famille, que même les hommes paraissent avoir, dans le choix d'une épouse, dépendu jusqu'à un certain point de l'approbation de la famille [1], en ce sens du moins, qu'ils devaient préalablement requérir l'avis de leurs parents mâles, lorsqu'ils avaient l'intention de se marier. Et la fille, placée en permanence sous la tutelle (*malmanskap*) de son père ou de son plus proche parent mâle, devait, lors de la convention antérieure à l'acte matrimonial, être représentée par son *sponsor* [2], sans l'autorisation duquel elle ne pouvait conclure, de son propre arbitre, une union conférant à elle et à ses enfants les effets légaux du mariage. Or si elle contractait mariage sans l'autorisation susdite, au temps du moins où nos lois provinciales furent mises par écrit, l'union n'était pas toujours considérée comme entièrement invalide; mais le séducteur avait par le fait infligé à la famille de la femme un affront exigeant réparation spéciale, et la femme était regardée comme ayant foulé aux pieds son honneur, et comme s'étant rendue indigne d'hériter des siens, à moins que ceux-ci ne voulussent lui pardonner [3].

Avant de donner l'exposé succinct des rapports réels qui naissaient entre le mari et la femme par le fait de l'union légale, qu'il nous soit permis de jeter un coup d'œil sur les conditions extérieures, sur les formalités qui paraissent avoir été exigées par les usages légaux du Nord, aux fins d'assurer la validité du mariage.

Ces conditions étaient les suivantes :

1° La convention dite des fiançailles;

[1] Voy. THORLACIUS, *Borealium veterum matrimonia*, p. 21-22. — Loi de *Sudermannie*. G. B., 1, pr.

[2] Le *sponsor* s'appelle dans le *Grágás* « *fastmandi*; » voy. Festa, 1, et DUNKER, *den islandske Familieret* (Traité du droit de famille d'après les lois islandaises), p. 207. Dans les lois norvégiennes, « *giptingarmadr*, » voy. loi de *Frostathing*, XI, 2, 16. Dans les anciennes lois de Suède, « *giftarmaper*, » voy. les glossaires de MM. COLLIN et SCHLYTER aux lois de *Vestrogothie* et d'*Ostrogothie*, et NORDSTRÖM, *den svenska samhällsförfattningens historia* (Essai sur l'histoire du droit suédois), II, p. 13-14.

[3] Loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 6; II, G. B., 7. — Loi d'*Ostrogothie*, G., 16. — Loi de *Sudermannie*, Q., 3, 1. — Loi d'*Helsingeland*, Q. B., 14. — Loi d'*Upland*, Q. B., 1, 2.

2° La donation d'un présent (*mundr*) pour l'obtention de la fiancée.

3° La remise solennelle de la fiancée.

Fiançailles. Dès que le demandeur en mariage avait fait présenter, par l'un de ses amis, sa requête au père ou au *sponsor* de la fiancée, le demandeur suivi de ses parents, se rencontrait avec le père ou le *sponsor* et ses proches dans un *conseil de fiançailles* (*faestnapar*, *staemna*), afin de fixer plus explicitement les fiançailles et d'en déterminer les conditions. Le demandeur émettait alors sa *prière*, et déclarait le don qu'il avait l'intention de faire pour l'obtention de la fiancée (*tinir mundar-mál*) [1]; le *sponsor* lui répondait au nom de la fiancée, dont il lui déclarait la *dot* [2]. On fixait en outre l'époque de la célébration des noces, et enfin, et surtout les rapports réels de la communauté. La convention entière (*festar*, *faest*) était ratifiée par un serrement de mains, en présence de témoins pour ce requis : cela s'appelait, de la part de l'homme, *fastna ser konu* (s'attacher la femme), et, de la part du *sponsor*, *festa konu manni* (attacher la femme au mari). Le consentement de la femme ne paraît pas avoir été obligatoire dans le principe; mais déjà la *loi de Vestrogothie* y attache de l'importance, en permettant la rupture d'un mariage pour la célébration duquel la volonté de la femme eût été forcée [3]. Les conditions des fiançailles étaient appelées, dans les anciens temps, *festa-máldage*, ou *festakaupmále* [4].

La partie la plus importante de la convention, était, outre la fixation des rapports réels des époux sur laquelle nous reviendrons plus tard, le *don* (*mundr*) *que l'époux devait prester pour l'obtention de la femme.* Le prétendant paraissait dans cette convention comme une espèce D'ACHETEUR, qui offrait une certaine somme d'argent ou de biens; le *sponsor*, comme un vendeur *s'engageant* à la remise de la femme, et fixant la dot qui la suivrait au domicile conjugal : tout le contrat prenait l'aspect d'une transaction mercantile. Aussi trouve-t-on, à l'égard du ma-

[1] Saga de *Nial*, c. 13. — Loi de *Vestrogothie*, I., G. B., 1, 2. — *Grágás*, Festa, 7.

[2] *Naemna fylghp*, *heimanfylgia*, *hemfylgd*, *heimanferd* (*hemfert*) *heimanmundr*, *omynd*, *Grágás*, l. c. — Loi de *Frostathing*, IX, 19. — Loi de *Vestrogothie*, I, a. B, 5. — Loi d'*Upland*, Q. B., 8.

[3] Loi de *Vestrogothie*, II, Kk B., 52.

[4] Voy. THORLACIUS, l. c., p. 27.

riage, non-seulement dans les *Sagas* [1], mais encore dans le *Grágás* et les anciennes lois norwégiennes, des expressions du genre de celles-ci : *kaup* (achat); *kaupa kono mundi* (acheter femme par *mundr*, don); *kona mundi keypt* (femme par don achetée) [2]. Mais nous doutons fortement que l'on puisse tirer de ces formules la conclusion absolue que, d'après les codes anciens qui nous sont parvenus, les fiançailles aient constitué un achat véritable de la femme, et le don (*mundr*), le *prix d'achat* ou d'échange de sa personne. Il nous paraît inconciliable avec l'estime profonde témoignée, si nous en croyons les monuments écrits, à la femme par tous les peuples de la grande famille germanique, que celle recevant le titre honorifique d'*apalkona*, (noble femme, la *matrona* des Romains), ou de *husfru* (*domina*), dût être achetée comme on achète un meuble précieux ou une esclave de grand prix. Cela nous paraît en outre en contradiction manifeste avec l'idée de l'honneur de la famille, que le *sponsor* abandonnât par une vente dégradante, comme une marchandise pure et simple, un membre de la famille, placé jusqu'alors sous sa tutelle et sous la protection de la famille entière. Si c'eût été le cas, le titre *d'arfboran* (enfant légitime), *d'apal konu barn*, (enfant de matrone), n'aurait pas été une dénomination honorable; car posséder une mère *achetée* à de telles conditions, n'aurait pu, à coup sûr, être tenu comme quelque chose d'honorable pour l'enfant. S'il est de même dit de l'homme qu'il *achetait* sa femme, il est impossible, d'autre part, de trouver une seule citation indiquant que le *sponsor* vendît la femme libre. Il ne faut pas oublier, en outre, que dans la vieille langue scandinave, le mot *kaup* signifiait non-seulement le plus important de tous les contrats, *l'achat* (suédois moderne : *köp*), mais encore une *transaction* en général [3].

La nouvelle *Bylov* (loi municipale) de Norwége, donne encore la dénomination de *kaup*, au contrat destiné à régler les rapports de propriété entre les époux, quoique le mot *gipta* soit ordinairement employé dans le Code de *Magnus Lagabäter*, comme l'action de conclure un contrat de mariage [4]. Aussi, lors

[1] Voy. la Saga de *Nial*, ch. 9, et la Saga d'*Egil*, ch. 7.

[2] Voy. loi de *Gulathing*, 25, 27; nouvelle *Landslov*, a. B. (V.), 13. — Loi de *Fostathing*, III, 13. — *Grágás*, Arfa, p. 3.

[3] Ihre, *Glossarium sueogoticum*, le mot *kopa*. Dans le glossaire du *Grágás*, « *kaup* » est traduit en *contractus* (in genere) emtio venditio.

[4] *Bylov*, A. B. V. 4. On trouve encore dans la loi de Norwége du roi *Chris-*

même que l'on pourrait, dans l'antiquité la plus reculée, citer des exemples de pères abusant de la puissance paternelle primitivement illimitée, au point de *vendre* leurs filles, nous ne pouvons néanmoins croire que, d'après les lois écrites du Nord, la convention des fiançailles ait été, dans la signification actuelle du mot, un *achat* dans lequel la fiancée fût la marchandise, et le *mundr*, le prix d'achat [1].

Cette convention des fiançailles étant d'une importance majeure, l'usage exigeait qu'elle fût, comme toutes les transactions d'une portée considérable, entourée de formalités extérieures propres à sauvegarder les droits des contractants. L'homme s'engageait à fournir une certaine valeur, en argent ou en immeubles; l'importance du *mundr* indiquait l'objet sérieux de sa demande; c'était une caution que cette demande, légèrement retirée, ne deviendrait pas un affront pour la famille. A une époque où l'on attachait tant d'importance à s'allier à des familles considérées, le *mundr* devait être encore, sans doute, un témoignage de reconnaissance envers la famille, pour l'honneur conféré au prétendant par une telle alliance. Il est à supposer que, dans le principe, ce don d'amitié et d'honneur revenait en tout ou en partie au *sponsor* ou à la famille. Mais il est probable qu'il comprenait souvent aussi des présents à l'épouse même, comme ornements précieux, bijoux, esclaves mâles et femelles (*trälar*, *trälinnor*), etc.

Les *Sagas* islandaises fournissent du moins matière à cette supposition. Peu à peu le don entier fut sans doute considéré comme la propriété de la fiancée. *Le* Grégás *et les lois norwégiennes indiquent positivement que le* mundr *appartenait déjà à titre exclusif à la fiancée* [2]. *Et comme d'après ces lois encore, le* mundr *devenait la propriété de la femme dès son entrée dans le lit nuptial, l'expression* kaupa kono mundi, *acheter femme par don, ne peut en aucune manière signifier un achat effectif de sa personne :* car, dans ce cas, la propriété de la valeur d'achat fournie par le futur aurait été revendiquée par le vendeur (le

tian IV, de l'an 1604 (K. B., 6, 13), la phrase « at kiobe sig Qvinde, » c'est-à-dire de *s'acheter* femme (faire une convention matrimoniale).

[1] D'une autre opinion sont Thorlacius, l. c., p. 137; Schlegel, *Astræa*, II, p. 207-9, et sa *Commentatio historica et critica de Grágás*, p. 117-118; Kolderup-Rosenvinge, *Danska Retshistorie* (Histoire du droit danois), I, p. 157, et Finsen, l. c., 227-229.

[2] Voy. *Grágás*, Festa, 50. — Loi de *Gulathing*, 51, 54.

sponsor) et non par la femme, objet même de la transaction.

On a aussi cherché à interpréter le *mundr* comme dédommagement exigé pour la puissance (*mund*) que le père avait sur sa fille, mais qui passait au mari par le fait du mariage [1]. Mais, en adoptant cette interprétation, il est difficile de s'expliquer d'une manière satisfaisante, comment le *mundr* pris dans la signification susdite, pouvait, d'après le *Grágás* et les *lois norwégiennes*, échoir exclusivement à la femme à titre de propriété particulière.

Dès que le *mundr* fut peu à peu devenu la propriété exclusive de la femme, il devint en même temps la preuve légale de la qualité de la femme comme épouse légitime.

La transition au *morgengabe* était par là préparée, et le *mundr* a dû bien souvent se confondre avec lui. Toutefois comme le *mundr* était la condition obligée de l'obtention de la fiancée, et que la transaction devait, pour plus de sûreté, être passée sous les mêmes formalités que les transactions d'achat, en présence de témoins et avec serrement des mains, le contrat des fiançailles garda de la sorte *l'apparence* d'une transaction commerciale : *kaupa kono mundi*, acheter femme par don, a continué d'être en usage sans que le mot *kaupa* fût pris dans une autre acception que celle de faire une convention matrimoniale.

Le *mundr* constituait donc, comme nous l'avons dit plus haut, la condition péremptoire d'un mariage complet : sans lui la femme était privée de la qualité de femme légitime, ainsi que d'un droit quelconque aux biens; ses enfants étaient considérés comme inhabiles à héritage complet, et forclos des autres droits de famille. On retrouve ce fait même dans les *Sagas* les plus reculées. Qu'il nous suffise de ne citer ici pour exemple que la *Saga d'Égil*, chap. 9. Il y est dit entre autres, que lorsque les fils de *Biörgolf* voulurent entrer en possession de l'héritage de leur père, on le leur refusa, sous prétexte qu'ils étaient fils de *concubine* (suédois *frillosöner*); mais ils répondirent alors qu'ils étaient à même de prouver par témoins que leur mère avait été achetée (obtenue) par *mundr* [2], et que par conséquent ils étaient de race légitime (*men adalbornir*, hommes légitimes). Le *Grágás*, *Festa*, p. 7 (I p. 316), déclare qu'il appartenait à la forme

[1] Nordstrom, l. c., p. 29, note 57, et p. 60.

[2] *At peir mundi vitni till fá, modir pierra var* MUNDI KEYPT. Voy. aussi la *Lax de la Saga*, ch. 26.

légale des fiançailles [1], que l'homme s'engageât à payer le *mundr* et en déterminât le montant. On y trouve encore, après la mention que tous les enfants nés libres (*frials bornir*) ne sont pas habiles à hériter, que *n'a droit à héritage* aucun homme *dont la mère n'a pas été obtenue* (achetée) *pour femme par convention, et moyennant* MUNDR de un marc et au-dessus [2].

Un marc était le taux minimum du *mundr*, probablement parce que l'on considérait cette somme comme constituant la limite entre la pauvreté et une aisance relative [3]; quant aux individus plongés dans la misère, le mariage leur était en général défendu [4].

Le chap. 7 du *Festa-p.* (I. pp. 316 et 317), dans lequel est spécialisé comment l'époux doit fixer le *mundr*, et le *sponsor*, la dot (*heimanfylgia*), montre ensuite, de manière à ne pas s'y tromper, que *le* MUNDR, *outre la signification de présent pour l'obtention de la fiancée, constituait une espèce de contre-prestation de* L'HEIMANFYLGIA ou de la dot. Car le mari ayant, pendant le mariage, le droit d'affecter à ses propres besoins les revenus de *l'heimanfylgia*, et ne devant, à la dissolution du mariage, rendre que le montant d'icelle, sans dédommagement aucun pour la jouissance de ces revenus, on considérait comme équitable qu'il donnât à la femme une compensation, qui toutefois, pour emporter poursuite légale, devait être stipulée d'avance par le *mundarmál* (contrat du *mundr*), tant à l'égard de son montant que de sa nature. C'est de la sorte que le *mundr* se trouve d'après le *Grágás*, passer à la signification et à la valeur de contre-prestation de l'*heimanfylgia* (dot), contre-prestation qui porte, plus tard, dans les lois norwégiennes, les noms de *gagngiald*, de *pridiungsauki* ou de *tilgiof*. Ce qui prouve ce fait, c'est, comme l'a fait remarquer FINSEN [5], la circonstance suivante : ce qui, dans le *Grágás* est nommé *Vidgiöld* [6], ou, par périphrase :

[1] *Grágás*, Festa, p. 7; I. p. 316. *Of þat hve, kono er at logom föstenop, tinir mundar mal. Arfap.* 3; I. p. 175.

[2] *Sva mapr er eigi arfgengr, er mopir hans er eigi* mundi keypt, *möre epr. meira fe.*

[3] FINSEN, l. c., p. 227.

[4] *Grágás*, Festa, 12.

[5] L. c., p. 248-252.

[6] *Grágás*, Arfa; SVEINBJORNSSON, dans le glossaire du *Grágás*, traduit vidgjold = solutio contraria, bona quæ sponsus phernis seu doti sponsæ opposuerat = gagngjald.

pat er vid er goldit (ce qui est payé en compensation), n'est rien autre que le *mundr* des lois anciennes du Nord.

Même l'ancienne loi de *Gulathing* statue, ch. 51 (I. p. 127), que le mariage complet doit être précédé de la convention du *mundr* (*mundarmál*). A l'égard des conditions obligatoires pour assurer l'hérédité aux enfants (*at barn se arfvent*), il est dit que l'homme doit, lors des fiançailles, fixer un *mundr* d'au moins 12 *öre;* c'est le *mundr du pauvre* (*pa scal madr festa med kone peirri XII aura* OREIGIMUND). Ce qui, dans les chapitres 25, 27 (I. p. 16), 51 (p. 27), 58 (p. 31), 64 (p. 33), 103, 104, (p. 48), et 124 (p. 54) est nommé *mundr*, est, sans doute, la même chose que ce qui est nommé *giof* dans les chapitres 51 (p. 27), 54 (p. 29), 115 (p. 51) et 124 (p. 54), et *tilgiof* dans les chapitres 104 (p. 49), et 115 (p. 51). Car de la comparaison entre les chapitres susdits, résulte clairement à nos yeux que ces différentes dénominations n'indiquent qu'une seule et même chose. Le *mundr*, *giof* ou *tilgiof* devint, d'après la loi susdite, la propriété exclusive, incontestable de la femme. Cette circonstance, jointe à celle que le *giof* est défini, dans le chapitre 51, un don qui devait être payé, après la première nuit de cohabitation, d'après le montant stipulé lors des fiançailles (giof *of morgon*), indique que le *mundr* a commencé, dans l'ancienne loi de *Gulathing*, à passer à la signification de *morgengabe* pur et simple [1]. Les dénominations *giof* et *tilgiof* paraissent dater d'une époque plus récente, et être les résultats des nombreuses améliorations subies par cette loi. Ce qui est certain, c'est *que le* mundr *n'y a pas la signification de somme d'achat proprement dite, mais indique un don immédiat en faveur de l'épouse, destiné soit à revêtir la convention matrimoniale d'un caractère de publicité, soit à honorer la donataire comme femme légitime, et comme mère future d'enfants légitimes.* Dans la loi de *Frostathing* [2], et dans l'ancien droit municipal (*Bjarkö Ret*)[3] de Norwége, on retrouve encore le *mundr* comme un don nuptial particulier, constatant le mariage légal, et aussi,

[1] De même opinion, FINSEN, l. c., p. 249, note 3; SCHLEGEL, *Om morgengavens oprindelse* (de l'origine du morgengabe), dans le journal *Astræa*, II, p. 213, croit que le *mundr* est la même chose que le *morgengabe*.—(Cela est très-important pour indiquer l'origine du *Douaire* en Droit français, *note de la Direction*).

[2] Loi de *Frostathing*, III, 13; XI, 14.

[3] Loi de *Bjarkö*, ch. 68, 132.

sans doute, avec la signification de *morgengabe*. Le *mundr* est le même, encore mentionné dans le *Code ecclésiastique* de l'ancien *droit de Borgarthing Christenret* et dans le *Christenret* (Code ecclésiastique) *du roi Sven*. Il paraît avoir ensuite disparu comme prestation spéciale en faveur de l'épouse, et s'être confondu totalement soit avec le *morgengabe* qui existait encore, sous le nom de *giof*, au temps de *Magnus Lagabäter*, ou peut-être avec l'augmentation de dot (*tilgiof*, d'après la *nouvelle Landslov*) alors en usage. Du moins à notre avis, le *mundr* n'apparaît pas dans la *nouvelle Landslov* (loi générale de campagne), et ne se retrouve pas dans un Code plus récent que le Code ecclésiastique de la nouvelle loi *de Borgarthing* (*nyere Borgarthings Christenret*).

Les anciennes lois danoises ne font pas mention du Mundr; mais il n'existe aucun doute que, d'après le droit danois, ce don n'ait été de rigueur, et ne fût considéré comme le signe distinctif du mariage légitime. Car, d'après la *loi de Scanie Skanelag*, la femme *gulfäst* (fiancée par or) indique l'épouse légitime, et les enfants d'une telle femme sont dits légitimes et complétement habiles à hériter [1].

On peut voir de même par les lois provinciales (*Lands kapstagarna*) de la Suède, que l'homme avait coutume, lors de la convention des fiançailles, de fixer un don *pour l'obtention de la femme* [2]; ce don était compris au nombre des formalités de rigueur dans le mariage légal. La somme fixée par le prétendant n'apparaît pas, sans doute, sous le nom de *mundr* dans nos *lois provinciales*, desquelles il faut toutefois excepter la *loi de Vestrogothie* (*Vestgötalagen*); mais il est impossible d'y méconnaître les traces de ce que nos pères entendaient par ce mot. Quant à la loi de *Vestrogothie*, elle mentionne, d'un côté, un *don amical* (*vingoef*) au *sponsor* de la fiancée [3], comme gage légal du sérieux de la demande, et comme preuve des intentions amicales du fiancé; de l'autre un morgengabe (*morghongioef, hindradagsgoef* [4]) donné à l'épouse même en témoignage honorifique après la première cohabitation. Ces dons

[1] Loi de *Scanie*, I, 59 (édition de M. Schlyter). — Loi municipale de *Scanie*, ch. 27.

[2] Loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 1, pr.; II, G. B., 2.

[3] Loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 2; II, G. B., 2, 3.

[4] Loi de *Vestrogothie*, II, G. B., 2; I, a. B., 5, 25, etc.

étaient stipulés en conseil des fiançailles, mais n'étaient donnés que le *soir des noces* (*giptaer qvaelder*), quoique le droit de propriété ne paraisse avoir été transmis que du moment et par le fait même de la consommation du mariage[1]. L'expression que la femme a été épousée *par mundr* (*maep muhd*), c'est-à-dire après stipulation et remise préalable du *mundr*, ou comme il est encore dit : *mundigipit*, paraît signifier dans la *loi de Vestrogothie*, qu'elle était légalement mariée, tout à fait comme nous avons vu dans le *Grâgâs* et les *lois norwégiennes*, l'expression *kona mundi keypt* signifier la femme légitime[2]. Et l'on peut inférer que ce don était aussi regardé par la *loi de Vestrogothie* comme l'une des conditions nécessaires au mariage solennel, de la déclaration faite par la loi, en conformité avec le *Grâgâs* et les *lois norwégiennes*, que les enfants issus de la femme épousée par *mundr* (*mundigipt*), sont légitimes et partant habiles à hériter.

Les lois d'*Ostrogothie*, d'*Upland* et la seconde *loi de Westmanland*, mentionnent aussi l'usage de dons faits au *sponsor* par le prétendant, à titre de ratification du contrat des fiançailles.

Ces dons portent dans les lois susdites les noms de *festnaefe, festninga fae*[3] (argent des fiançailles); mais les mêmes lois ne leur accordent qu'une importance subordonnée.

Outre les fiançailles et la prestation du *mundr*, les coutumes légales des anciens temps prescrivaient une dernière formalité, la remise solennelle de la fiancée. L'acte nuptial est nommé dans le *Grâgâs*, tantôt *brudlaup*, tantôt *brudkaup*; et la manière dont la célébration en devait avoir lieu pour être légale, est décrite dans l'*Arfa patter*, ch. 8. Le *sponsor* devait être présent avec un nombre minimum de six témoins; il remettait la fiancée à l'époux, sur quoi les conjoints allaient publiquement (*i ljósi*, à la lumière) se coucher dans un même lit[4]. Les parents des conjoints se réunissaient en outre ordinairement en un grand banquet. Comme la publicité, en vue de preuve future, était de rigueur dans toutes les transactions importantes, le même be-

[1] L. c., II, G. B., 2.

[2] L. c., I, a. B, 7, 8. *At hun var sva gyft sum laegh sighiae.*

[3] Loi d'*Ostrogothie*, Va., 14, 1; G. B., 10, 2; 26, 27. — Loi de *Westmanland*, I, G. B., 11, 4.

[4] Loi d'*Upland*, Q. B., pr., 1, 3. — Loi de *Westmanland*, Q. B., l. 1, 3.

soin présidait à toutes les formalités d'usage dans l'acte matrimonial. Les anciennes lois norwégiennes concordent avec le *Grágás* [1] dans la prescription que les témoins, nommés *brudmenn* et *brudkonor*, dans l'ancienne loi *de Gulathing*, *giftar vitkni* dans le Code ecclésiastique de l'ancienne loi, seraient présents à la remise de la fiancée, et à l'entrée des conjoints dans le lit nuptial [2]. L'ancien *Droit municipal* (*Bjarkö Ret*) : 132 (I, p. 127), paraît statuer de même un minimum de six témoins, savoir : « 2 *brudmen* », 2 « *brudkonor* », et le *gridmadr* et la *gridkona*. Les coutumes provinciales de la Suède prescrivaient aussi certaines formalités, lorsqu'on allait prendre la fiancée dans le domicile paternel pour la conduire au domicile conjugal, où se célébraient ordinairement les noces ainsi que lors de sa remise (*gift*) par le *sponsor* [3]. Les droits réciproques des conjoints dans la communauté étaient alors fixés par le discours solennel de remise (*giptarmal* [4]) que le *sponsor* devait tenir à cette occasion; mais ces droits ne paraissent être entrés en vigueur qu'après la première cohabitation.

Les fiançailles (*faestning*) et la remise solennelle (*gift*) de l'épouse paraissent, d'après la règle, avoir été, tant dans nos coutumes provinciales que dans les lois plus récentes des villes et des campagnes (*Lands och stads-lagarna*), les deux conditions essentielles du mariage légal. La bénédiction nuptiale (*vigsel*) ne remplaça que très-tard le discours solennel du *sponsor* (*giftarmal*); et cette bénédiction établie par la loi comme sanction du mariage solennel, appartient, à proprement parler, à la loi ecclésiastique (*Kirko-Ordning*) de 1571 [5].

Nous avons eu l'occasion de remarquer (dans la 1re partie de ce livre) que quoique la communauté des biens dans l'état de mariage caractérise en général les lois d'origine germanique,

[1] Le *Grágás*, Arfa, l. c.; voy. aussi FINSEN, l. c., 236-37.

[2] L'ancienne loi de *Gulathing*, ch. 104. *Brutlaups vitni olldhrus vitni* dans la nouvelle *Lands-Lov, A, B.* (*V.*) 4. (II. 77).

[3] Loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 9, 1; II, G. B., 16. — Loi d'*Ostrogothie*, G. B., 9. — Loi d'*Upland*, Q. B., 1. — Loi de *Sudermannie*, G. B., 2, 3. — Loi de *Westmanland*, I, G. B., 1; II, Q. B., 2. — Loi d'*Helsingland*, Q. B., 2. — Loi de *Gotland*, ch. 24.

[4] La formule de ce discours solennel de remise se trouve dans la loi d'*Upland*, Q. B., 3, ainsi que dans la loi de *Westmanland*, II, Q. B., 3; la loi d'*Helsingland*, Q. B., 3; la loi générale du roi *Christoffer*, G. B., 5.

[5] Voy. SCHLYTER, *Juridiska, afhandlingar* (Traités du droit), I, p. 152-159.

elle ne paraît pas toutefois avoir appartenu aux plus anciennes coutumes légales des Germains. Si cette remarque est juste par rapport aux Germains méridionaux, elle ne peut l'être moins à l'égard de ceux du nord. Les Sagas islandaises nous ont laissé, sur la vie domestique des anciens Scandinaves, des descriptions dont la concordance prouve la vérité. D'après les descriptions de ces Sagas, les rapports des époux, sous le point de vue de la propriété (rapports réels) dépendaient de la convention (*Kaupmali*) passée, lors des fiançailles, entre les *sponsors* des futurs. Comme nous l'avons indiqué plus haut, cette convention renfermait ordinairement : 1° une dot fixée par le sponsor (*heimanferd, heimanfylgia*), laquelle devait accompagner l'épouse; et 2°, de la part du fiancé, l'engagement de payer tant le *mundr*, qu'une certaine somme de son avoir d'après un taux proportionnel au montant de la dot. Pendant le mariage, l'homme avait, d'après la règle, l'administration de tous les biens des époux; mais à sa dissolution, la dot retournait à la femme ou à sa famille, s'il n'y avait pas d'enfants [1]. Une fois les rapports réels des époux fixés de la sorte, il ne pouvait être question entre eux de propriété commune. Mais les Sagas nous montrent aussi qu'il fut, déjà de bonne heure, d'usage de stipuler, dans la convention des fiançailles (*festa kaupmale*), que la propriété des époux serait commune. C'est ce qu'on appelait *leggia felag* (établir communauté de biens). Cette dernière convention paraît avoir ordinairement eu lieu lorsque la richesse et les chances d'héritage étaient à peu près égales des deux côtés, ou que l'on pût présumer que les époux auraient lignée. Après être convenu de la sorte que, dans un partage futur, les époux ou leurs parents respectifs auraient une part égale, on disait qu'un *helmingar felag* (communauté égale des biens par moitié) avait été conclu [2]. Mais la communauté pouvait être encore stipulée de cette façon que, lors de la dissolution du mariage, la veuve recevait *un tiers*, et les héritiers du mari, *les deux tiers* restant des biens de la communauté. Cette espèce de *felag* (communauté des biens) paraît même avoir été d'usage avant l'*helminga felag* mentionné plus haut. Ainsi l'on vit longtemps exister simultanément des

[1] C'est là l'origine Scandinave de la dot dans la coutume de Normandie. (*Note de la Direction.*)

[2] Voy. la Saga de *Nial*, ch. 2 et 18; la Saga de *Laxdela*, ch. 34.

conventions de mariage avec ou sans communauté des biens. Maintenant, nous allons chercher à montrer succinctement comment la communauté de biens, après avoir longtemps été de nature purement conventionnelle, fut, dans la suite des temps, insensiblement considérée comme seulement fondée sur les dispositions de la loi.

CHAPITRE II.

De la communauté de biens d'après les sources du droit islandais.

Les dispositions du Grágás touchant les rapports réels des époux, montrent qu'*en général la communauté des biens n'était nullement considérée comme la base de ces rapports.* Le *Festa-Patter*, 22 (I. pp. 334-335), indique clairement au contraire, que cette communauté dépendait, soit du libre arbitre des époux, soit de la présence de certaines autres circonstances. D'après le Grágás, le mariage se concluait *avec* ou *sans communauté*, et, dans le premier cas, la communauté dépendait de la convention, tant pour l'étendue que pour la nature de ladite communauté. Mais, dans ces deux cas, il pouvait naître, sous l'influence de circonstances spéciales, une communauté prévue et réglée par la loi.

Si deux époux contractaient mariage sans communauté, la femme avait en propre :

1° Sa dot (*heymanfylgia*) ;

2° Le *mundr* à elle remis en pleine propriété par le mari [1] ;

3° Les acquêts qu'elle pouvait faire par héritage, don ou d'autre manière.

Le mari paraît avoir eu, pendant le mariage, l'usufruit de la dot [2] ; mais, à la dissolution du mariage, la dot ou son montant retournait à la femme, à ses enfants ou à ses héritiers collatéraux, ou même encore au donateur, si réserve en avait été faite dans la convention des fiançailles, toutefois sans dédommagement aucun pour l'usufruit [3]. Quant au *mundr* de la femme, lequel, comme nous l'avons dit plus haut, paraît avoir constitué une sorte de contre-prestation pour l'usufruit de la dot, l'homme en avait sans doute aussi la gestion, quoique avec l'e-

[1] Voy. le *Grágás*, Festa, 59.
[2] Finsen, l. c., p. 248.
[3] *Grágás*, Arfa, 7, 5 ; Festa, 17 ; Kaupa, B., 9.

bligation d'en verser les revenus entre les mains de la femme.

Mais à la dissolution du mariage par décès ou séparation, le *mundr* échéait en toute propriété à l'épouse ou à ses hoirs. L'homme paraît aussi avoir été dans l'obligation légale de payer à la femme la rente des deniers hérités par elle ou de toute propriété à elle appartenant. C'était sur ces rentes que la femme prélevait ses frais d'entretien [1].

En opposition au mariage avec *mundr* et *heimanfylgia*, se trouvait l'union avec communauté des biens (*felag*). Cette dernière était fondée soit sur une convention, soit sur les dispositions de la loi. Dans le premier cas, la convention pouvait se faire lors des fiançailles ou après la consommation du mariage [2]. C'était le droit des époux de faire une convention pareille dès qu'ils possédaient une fortune à peu près égale. La convention avait alors force obligatoire, aussi longtemps que vivaient les témoins des fiançailles, ou que les époux n'avaient pas, de leur volonté propre, modifié ou annulé la convention. Quant à l'étendue de ce genre de communauté, elle pouvait comprendre *toute la propriété des époux*, et par conséquent la terre reçue par héritage, ou seulement *le mobilier et les inventaires d'agriculture* (*at eiga i bui*); le *Grágás*, se séparant en ceci des autres lois scandinaves, ne fait pas de distinction entre les *terres provenues d'héritages et celles acquises par achat* [3]. Mais si, pendant le mariage, l'un des époux héritait, il dépendait de lui, sans égard à la nature de la convention, de se réserver la jouissance de cet héritage, ou de le faire entrer dans les biens de la communauté; dans ce dernier cas, lors de la dissolution de la communauté, l'héritage retournait à qui de droit, avant qu'il fût loisible de procéder au partage. Les rapports des époux dans les biens de la communauté, étaient fixés par la convention, *soit en proportion des biens de chacun des conjoints* (*sem pau eiga fe til*), soit *à lots égaux*, ou encore de la sorte *que l'homme recevait deux tiers, et la femme un tiers de ces biens*. D'où suivait naturellement que la même quotité était d'usage à l'égard des dettes et autres obligations communes [4].

[1] *Grágás*, Festa, 50, 17, 23, et Finsen, l. c., p. 253-57.

[2] *Grágás*, Festa, 22-23. *At göra felag, at leggia fe sit saman, ef med peim er jafnmæli.*

[3] Voy. Finsen, l. c., p. 155.

[4] *Grágás*, Festa, 17, 23; voy. aussi Finsen, l. c., p. 244.

La communauté légale entrait en vigueur :

1° Quand les témoins aux fiançailles étaient morts, ou ne se rappelaient plus les conditions stipulées, toutefois sous la présupposition que les conjoints eussent vécu (*duit*, habité), *trois ans* ensemble, et que l'homme, lors de la célébation du mariage, et après la remise du *mundr*, possédât une propriété d'au moins un marc ;

2° Quand les époux, manquant de fortune lors de la conclusion du mariage, en avaient acquis par la suite (*ef pau oexta fe ór öreigd*) ; ou encore :

3° Quand l'*un* des conjoints avait seul une fortune en propre, mais que l'autre avait amélioré la situation commune par une bonne économie [1]. Dans ce genre de communauté, la loi reconnaissait les *deux tiers* à l'homme, et le *tiers restant* à la femme. Dès que la communauté avait lieu, soit par suite de convention, soit en vertu des dispositions de la loi, il est probable que tant le *mundr* que l'*heimanfylgia*, entraient sous le régime de la communauté ; mais le *Grágas* ne contient pas de prescriptions à cet égard [2].

Comme le droit plus récent, tel qu'il apparaît dans le Code connu sous le nom de *Jonsbok*, coïncide dans ses dispositions générales avec *la loi de Gulathing*, *de Magnus Lagabater*, de laquelle nous parlerons bientôt, il est superflu de nous occuper des dispositions de ce Code.

CHAPITRE III.

De la communauté de biens d'après les sources du droit norwégien.

Les anciennes lois de la Norwége montrent, de même que celles de l'Islande, que la communauté des biens sous le régime matrimonial, constituait primitivement, dans la Norwège, l'exception et non *la règle*. Ces lois indiquent clairement que la propriété des époux était, en général, individuelle. Les rapports réels des époux se stipulaient, comme nous l'avons indiqué plus haut, avant le mariage. D'après l'ancienne loi du *Gulathing* ainsi que celle du *Frostathing*, le prétendant était soumis à

[1] *Grágás*, l. c., 22, 23.

[2] Le régime nuptial des Normands, conforme au droit du *Grágás*, n'appuie pas la conjecture de l'auteur sur le passage de la dot (*heimanfylgia*) sous le régime de la communauté. (*Note de la Direction.*)

fournir, outre le *mundr* prescrit pour l'obtention de la femme et appartenant en propre à cette dernière, une prestation ultérieure, une indemnité nommée, dans la première loi, *gagngjald*[1], et dans la deuxième, *pridiungsauki*[2]. Le but de cette prestation était de donner un dédommagement à la femme, pour l'usufruit de la dot (*heimanfylgia, heimanferd*) que le *sponsor* promettait ordinairement lors de la convention des fiançailles. Car la propriété particulière de la femme, dans laquelle étaient compris son *mundr* et sa dot, ainsi que tout ce qui lui était échu en héritage, était exclusivement administrée par le mari, à moins que l'on n'en eût autrement décidé lors de la convention des fiançailles. Quant aux avantages recueillis par le mari, usufruitier de la dot de sa femme, l'équité demandait un dédommagement ou une sorte de compensation. Ce dédommagement consistait dans le *gagngjald* ou *pridiungsauki*, lequel, comme la dernière dénomination l'indique, était fixé dans une certaine proportion avec la grandeur de la dot. Mais la femme n'avait qu'un droit éventuel à ce dédommagement : car c'était seulement lorsque le mariage était dissous par le décès du mari, que la veuve était autorisée à retirer de la communauté, le *gagngjald* stipulé ou le *pridiungsauki* fixé par la loi, ainsi que son *mundr* et sa dot. Elle avait le même droit lorsque le mari était la cause de la séparation. Ce qui lui revenait de la sorte, le *mundr*, l'*heimanfylgia* et le *gagngjald*, est nommé dans l'ancienne loi de *Gulathing*, le *mali* (biens stipulés) de la femme[3]. Mais si le mari gérait simultanément des biens appartenant à des mineurs, ces biens emportaient le droit de priorité sur ceux de la femme, dans le cas où les ressources du mari ne pourraient couvrir ses engagements. Elle devait alors renoncer au *mundr* (*giof*) et à l'augmentation de dot (*gagnhjald, pridiungsauki*). Hors ce cas, la veuve avait le même droit que les autres créanciers de la masse, avec lesquels, toutefois, elle devait supporter une diminution de son *mali*, proportionnelle à celle soufferte

[1] Loi de *Gulathing*, ch. 54 et 115. — *Gagngjald* proprement *solutio contraria* de *gagn* = contra et *gjald* = solutio; voy. le glossaire de *Sveinbjornsson* à la loi de *járnsida*.

[2] Loi de *Frostathing*, III, 6; 17, 22, etc. Le *pridiungsauki* signifie littéralement augmentation d'un tiers.

[3] Loi de *Gulathing*, ch. 115. *Mali* = quicquid constituitur, stipulatio, pactum; *mali konu* = bona uxori constituta (per pactum ante-nuptiale); voy. le glossaire de *Sveinbjornsson*.

par les autres créanciers sur leurs créances respectives. Mais si, par contre, le mari avait des dettes avant le mariage, la veuve perdait irrévocablement, en cas d'insolvabilité du mari, son *mundr*, et probablement aussi son *gagngjald*; « car, disait la loi, personne ne doit acquérir femme avec le bien d'autrui. La femme mourait-elle *avant le mari*, sans avoir laissé d'enfants, celui-ci ne devait pas, d'après l'ancienne *loi du Gulathing*[1], rendre le *gagngjald* aux héritiers de la défunte, mais bien le *mundr* et l'*heimanfylgia*. La loi du *Frostathing* et l'ancien droit municipal de Norwége (*Bjarkö Ret*) déclarent le *pridiungsauki* complétement annulé, dès que la femme meurt la première, sans égard à la circonstance qu'elle ait ou non laissé des enfants issus du mariage[2]. Mais si, par adultère ou sans cause légale, elle amenait la dissolution du mariage, elle perdait non-seulement le *pridiungsauki*, mais encore le *mundr*.

Nous avons dit plus haut que, sous le régime du mariage, la communauté des biens (*felag*) pouvait exister, soit comme suite d'une convention, soit en vertu des dispositions de la loi. Si la communauté était conventionnelle, la convention pouvait, d'après l'ancienne loi du *Gulathing*, précéder ou suivre la consommation du mariage. Mais pour sauvegarder l'hérédité des familles respectives, la loi prescrivait dans ce cas certaines conditions touchant la conservation de la terre patrimoniale dans la famille. Il était à cette fin statué que si quelqu'un épousait une jeune fille, le consentement des héritiers des deux conjoints était nécessaire à la validité de la convention[3]. Le mariage avait-il lieu avec une veuve ayant chez elle des enfants mineurs, habiles à hériter, appartenant à un lit antérieur, il fallait, pour que la communauté pût avoir lieu, que les parents paternels les plus proches des mineurs fissent préalablement l'évaluation des biens du futur, et se convainquissent qu'ils étaient plus grands et non plus petits que ceux de la femme; puis ils déterminaient les rapports réels des conjoints *proportionnellement aux biens tant meubles qu'immeubles apportés par eux à la communauté*. Les conventions de ce genre devaient, pour gagner force de loi, être publiées devant l'assemblée du peuple au *thing*. La communauté conventionnelle

[1] Loi de *Gulathing*, ch. 145.
[2] Loi de *Frostathing*, IX, 19. — Loi de *Bjarko*, ch. 105 et 122.
[3] Loi de *Gulathing*, ch. 53. — Loi de *Järnsida*, K. G., 2.

fondée de la sorte ne pouvait être annulée; mais avait-elle lieu d'une autre façon, les parents des deux parts pouvaient, dans le temps et terme de vingt ans, en exiger la cessation par devant le thing. Dès que des enfants étaient nés du mariage conclu sous les conditions susdites, il était permis aux époux de déterminer avec entière liberté, et sans l'immixtion d'autres héritiers ou parents, l'étendue et la nature de ce qui devait être considéré comme appartenant à la communauté. On fixait probablement, dans cette circonstance, la part respective des conjoints d'après ce que chacun avait apporté.

La communauté légale entrait par contre en vigueur (*pa leggia-log felag peirra saman*), dans les cas suivants : lorsque les époux avaient vécu vingt ans ensemble, et qu'aucune convention préalable de communauté n'avait eu lieu; — lorsqu'une convention avait été faite, sans que les clauses constitutives eussent été, dans l'espace de vingt ans, rendues publiques dans les formes prescrites par la loi; — lorsque deux serfs libérés contractaient mariage; — lorsque le mari avait durant l'espace de vingt ans vécu en concubinat public avec la femme devenue son épouse. Dans tous ces cas, le mari prélevait les *deux tiers*, et la femme, le *tiers* restant des biens de la communauté [1].

Le mariage paraît, suivant la *loi du Frostathing*, avoir eu lieu, en règle générale, après la fixation du *mundr* et du *pridiungsauki* de la part du prétendant, et celle de l'*heimanfylgia* de la part du *sponsor*. Cette loi ne fait pas mention de la communauté conventionnelle; mais il est toutefois à présumer qu'elle était permise, si l'on compare les dispositions d'autres lois norwégiennes à cet égard. Il y est mentionné, par contre, une communauté légale qui entrait en vigueur dès que l'homme et la femme avaient vécu l'an et jour sous le régime matrimonial, et qu'il n'en avait pas été stipulé autrement avant l'expiration de ce terme. Mais cette communauté ne paraît avoir concerné que les biens meubles, tels que le mobilier et les inventaires d'agriculture. Une communauté semblable pouvait naître aussi du fait que deux personnes indigentes lors de la conclusion du mariage, avaient ensuite acquis des biens; dans ce cas, la communauté comprenait aussi les *immeubles*. Au partage, l'homme recevait encore ici, *deux* lots et la femme *un* [2].

[1] Loi de *Gulathing*, ch. 53, 64, 125.
[2] Loi de *Frostathing*, XI, 2-6; 8.

Dans la grande révision des lois entreprise par le roi *Magnus Lagabäter* en 1274, les anciennes dispositions touchant les rapports réels des époux furent conservées intactes dans leurs parties essentielles. Car la nouvelle loi du *Gulathing*, ou nouvelle loi générale de campagne (*Nyere Landslov*), établit aussi comme règle que la communauté des biens n'existe que par suite de convention spéciale, ou exceptionnellement, en vertu des dispositions de la loi dans certains cas prévus par elle. Nous avons donc à considérer les cas suivants, savoir, 1° le mariage sans communauté; 2° le mariage avec communauté conventionnelle; 3° le mariage avec communauté légale.

Dans le mariage sans communauté des biens, il appartenait au *sponsor* de fixer ce qui devait, en à compte sur héritage éventuel, suivre la femme comme dot, le montant des biens à céder par le futur à titre de contre-prestation (*tilgiof*) de l'usufruit de la dot, dans le cas où l'épouse lui survivrait. L'*heimanfylgia* et le *tilgiof* (quoiqu'elle n'eût à tout prendre qu'un droit éventuel à cette dernière prestation); le morgengabe (*giof*) que l'homme pouvait lui avoir donné, et enfin les héritages qui pouvaient lui échoir pendant le mariage, constituaient la propriété privée de la femme. On peut inférer médiatement, quoique d'une manière fort claire, que le *tilgiof* a, dans la *Nouvelle Landslov*, la même signification que le *gagngjald* et le *pridiungsauki* des anciennes lois du *Gulathing* et du *Frostathing*, et désigne par conséquent une contre-prestation pour l'usufruit de la dot; on peut, disons-nous, inférer cette circonstance de la prescription de la loi : que les habits de la femme ne pouvaient s'élever à plus du tiers du montant de la dot, vu que le restant devait être constitué par des biens dont l'homme fût en état de retirer utilité, ou desquels revenu ou rente pussent être attendus. La *Nouvelle Landslov* laissait à l'homme, en conformité avec les lois norwégiennes antérieures, la faculté de gérer, sans procuration spéciale, les biens privés de la femme, quoique l'approbation de cette dernière fût, sans doute, de rigueur pour la vente des immeubles. Lors de dissolution du mariage par le décès de l'homme, la veuve retirait, comme jadis, son *heimanfylgia*, ainsi que son *tilgiof*, à moins toutefois que cette dernière prestation n'eût été perdue par suite d'adultère. Mais si la propriété de la femme ne pouvait être prélevée sur la masse du mari qu'au préjudice de créanciers plus anciens, la veuve perdait

le *tilgiof* et probablement aussi le *giof* (le don du matin, le douaire). Car les dettes contractées avant le mariage par l'époux, devaient être éteintes en premier lieu, la *Nouvelle Landslov*, déclarant, en conformité avec l'ancienne *loi du Gulathing*, qu'il n'était permis à personne d'acquérir femme avec les deniers d'autrui. Quant à sa dot et à toute et telle autre propriété privée, la femme paraît avoir été, quelle que fût la date de ces créances, assimilée aux autres créanciers de la masse, à titre égal et sans priorité. Que si des deniers de *mineurs* se trouvaient dans la masse du défunt, conjointement avec le *mali* de la veuve, c'est-à-dire son *tilgiof* (*gagngjald*) et son *heimanfylgia*, les dispositions étaient les mêmes que celles de l'ancienne *loi du Gulathing*. Le mari survivait-il, par contre, il ne devait payer aux héritiers de la défunte que la dot (*heimanfylgia*) et le morgengabe mais aucun *tilgiof* [1].

Prévoyant le cas où des conjoints désireraient passer, avant ou pendant le mariage, une convention de communauté, la loi prescrivait certaines précautions dans le but d'empêcher toute lésion aux droits des parents des deux parts. Il était donc permis aux conjoints de mettre en commun tout ce qu'ils possédaient, ou pouvaient hériter ou acquérir dans la suite; mais dans tous les cas, celui des conjoints qui avait apporté le plus, ou ses héritiers, avait le droit de lever préalablement, lors du partage de la communauté, l'excédant de sa mise sur celle de l'autre conjoint. Le restant était ensuite partagé par moitié, si le bien mis en commun avait été diminué de son montant primitif; mais l'homme recevait par contre les *deux tiers*, et la femme, le *tiers* restant de l'excédant favorable, s'il y en avait un. Toute convention de communauté fondée sur d'autres bases, était déclarée par la loi *nulle et non avenue*, même lorsque les héritiers n'y formaient pas opposition. L'*heimanfylgia* et le *tilgiof* étaient sans doute aussi compris dans les communautés conventionnelles de la nature susdite, et la veuve n'avait par conséquent aucun droit à un dédommagement à l'égard de ces deux prestations [2].

D'après la *Nouvelle Landslov*, la communauté *légale* n'entrait en vigueur que dans un seul cas, savoir celui où des époux, *pauvres* en se mariant, eussent par la suite acquis de la fortune.

[1] La nouvelle *Landslov*, A. B. (V.), 1, 3, 5-6.
[2] L. c., A. B. (V.), 3.

Le survivant recevait, dans cette circonstance, les deux tiers de l'hoirie, lorsqu'il lui fallait la partager avec les collatéraux du défunt, mais la moitié lorsque les cohéritiers étaient ses propres enfants [1].

Par la Nouvelle loi norwégienne du roi *Christian IV* (1604), laquelle n'est en grande partie qu'un rajeunissement, en langue norwégienne du XVIIe siècle, de la *Nouvelle Landslov*, les époux pouvaient fixer leurs rapports réels de la même manière que jadis. Mais il y fut déclaré, pour la sûreté des parents des deux parts, que les terres héritées ne pouvaient, sans l'approbation de ceux-ci, entrer sous le régime de la communauté. Il était, au reste, loisible aux époux de décider eux-mêmes sur l'*hiemfölge* ou *hiemgifft* (dot) de la femme, ainsi que sur le *filgäffuø*, qu'en dédommagement de l'usufruit de la dot, l'homme s'était obligé à céder de ses biens privés, dans le cas où la femme lui survivrait. Mais les conjoints pouvaient aussi stipuler le *haelningsfaellag* (communauté égale par moitié), laquelle entrait inévitablement en vigueur, dès que l'homme exigeait, pendant le mariage, la communauté, et que les époux l'avaient étendue à tout ce qu'ils possédaient ou pouvaient acquérir par héritage ou d'autre manière. Si les époux n'avaient pas d'enfants issus de leur union, les biens meubles étaient, lors du partage, divisés en deux lots égaux, l'un pour les héritiers du défunt et l'autre pour le survivant, mais tous les *ödelegods* (terres patrimoniales) devaient sans partage échoir ou au survivant ou aux héritiers du défunt. Que si, par contre, le partage avait lieu avec les enfants issus de l'union conjugale, tant les meubles que les immeubles étaient divisés en parts égales, les terres reçues par achat (*kjöbegods*), et celles reçues à titre hypothécaire (*pantegods*) étant considérées comme biens mobiliers. Quant aux personnes dépourvues de fortune lors de leur conjonction, la loi continua à leur reconnaître la moitié de tous les biens qu'elles auraient pu acquérir ultérieurement [2].

CHAPITRE IV.

De la communauté des biens d'après les sources du droit danois.

Les coutumes provinciales du Danemark montrent que déjà vers l'époque où elles furent mises par écrit, *la communauté*

[1] L. c., A. B. (V.), 4.
[2] Loi norwégienne du roi *Christian IV*, G. B., 3.

des biens entre époux existait généralement en vertu de la disposition pure et simple de la loi [1]. Cette circonstance n'autorise pas toutefois à la croyance, qu'avant ce temps, le mariage ne pût, tant en Danemark que dans le reste du Nord, se conclure de la sorte que certains biens des époux fussent considérés comme leur propriété exclusive. A l'égard de la communauté reconnue par les lois danoises, il faut distinguer entre les dispositions des lois municipales et celles des lois provinciales (ou de la campagne) : car partout où les dernières étaient en vigueur, il existait, aux fins de sauvegarder les droits des mâles de la famille, certaines dispositions qui manquent chez les premières.

Ainsi, dans la loi de Scanie (*Skaanskelov*), dans les deux lois de Seelande (*Sjellandskelov*), et dans celle du Jutland (*Judskelov*), étaient seulement exceptés du régime de la communauté : 1° la *terre de famille*, quelle qu'en fût la nature, et 2° tous les biens meubles hérités pendant le mariage, à moins toutefois, que ces derniers n'échussent à la communauté en vertu de l'*arvebed* (sorte de droit de récompense) [2]. Le reste des acquêts était divisé en deux parties égales, dès que le mariage se dissolvait, sans enfants, par séparation légale ou par décès. Dans le premier cas, chacun des époux, et dans le second, le survivant et les héritiers du défunt, se partageaient à quotités égales des biens communicables [3].

Mais, dès qu'il y avait enfants, d'autres principes présidaient au partage. La loi de Scanie et celles de Seelande admettent une communauté tacite, non-seulement entre époux, mais encore entre pères, mères, enfants et petits-enfants ; entre parents et enfants d'un autre lit, entre beaux-pères et belles-mères, et leurs gendres ou leurs brus, et enfin entre frères et sœurs, dès qu'ils vivaient ensemble et avaient économie commune.

Dans les sources de l'ancien droit danois, l'hérédité se combine avec l'idée d'un droit de communauté au bénéfice de tous

[1] Voy. sur ce sujet *Kolderup-Rosenvinge*, *Grundris af den danska Retshistorie* (Abrégé de l'histoire du droit danois), I, p. 158.

[2] L'*arvebed* (*arvaebit*) signifie que quand un des membres de la communauté avait acquis des biens meubles par héritage, ces biens n'étaient soumis au régime commun qu'à la condition suivante : il fallait que l'autre ou les autres membres eussent aussi hérité des biens meubles jusqu'à la concurrence d'un marc et au-dessus.

[3] Voy. loi de *Scanie*, I, 7. — Loi de *Seelande du roi d'Erik*, I, 1, 8, 28, 30. — Loi de *Jutland*, I, 6.

les membres de la famille proprement dite. C'est par là qu'on peut expliquer le droit du survivant à partager en cohéritier avec ses propres enfants. Cette forme d'hérédité est toute spéciale au droit danois, et n'a rien d'analogue dans les anciennes sources du droit des autres parties de la Scandinavie. L'application de ce droit était soumise aux formes suivantes : le partage avait-il lieu entre l'époux survivant et ses enfants, lesquels constituaient communauté (*faelagh*, suédois moderne *bolag*) avec les parents? le veuf ou la veuve recevait, de même que les fils, un lot entier de mâle, par chef, mais les filles, comme d'usance, seulement un demi-lot dans *les terres acquises par achat* et les *biens meubles*. Mais n'y avait-il pas d'héritier mâle, soit fils ou autre parent? la quote-part de la mère était égale à celle des filles. Toutefois le mari était considéré comme ayant droit, conjointement avec les enfants communs des époux, à un lot masculin complet dans la *terre patrimoniale* de sa femme prédécédée, avantage que la loi ne reconnaissait pas à la veuve. *La loi de Jutland* diffère toutefois de ces dispositions, en ce qu'elle n'admet pas, comme le font la *loi de Scanie* et les deux *lois de Seelande*, une communauté tacite entre père et mère et enfants, mais bien entre mari et femme. Le veuf recevait, d'après cette loi, un lot de mâle dans les immeubles patrimoniaux de la femme, seulement lorsque l'union avait laissé postérité mâle; sinon il recevait lot égal à celui des filles[1]. Il se forma, dans la suite des temps, une communauté illimitée dans les villes de commerce; car ce régime était à plusieurs égards plus favorable aux intérêts commerciaux et industriels, et pouvait, par conséquent être plus facilement adopté dans lesdites villes, l'héritage des immeubles de villes n'ayant pas pour la famille la même importance que celui des terres. Aussi *le droit municipal* accorde-t-il à l'époux survivant *la moitié des biens totaux des conjoints* [2].

Le recès du roi Christian III (1547) apporta aux dispositions des coutumes provinciales, la modification que sans avoir égard à la circonstance que les époux eussent ou n'eussent pas laissé d'enfants, le survivant recevait la moitié de *tous les acquêts fon-*

[1] Voy. Kopod-Ancher, *Samlede juridiske skrifter* (Œuvres juridiques), II, p. 358-372, et Kolderup-Rosenvinge, l. c., I, p. 256-60.

[2] Loi municipale de *Scanie*, ch. 27. — L'ancienne loi municipale de *Slesvig*, ch. 7. — La nouvelle loi municipale de *Flensborg*, ch. 2, 2. — Loi municipale générale du roi *Hans*, ch. 83.

ciers et de tous les biens meubles, de sorte que les terres patrimoniales restaient seules exceptées. Et enfin la *loi danoise* (*Danske lov*) de 1683, promulguée par *le roi Christian V*, statua que tous les biens de l'hoirie, tant meubles qu'immeubles, tant hérités qu'achetés, seraient répartis entre le survivant et les enfants en deux parts égales, de sorte que le premier reçût l'une des moitiés, plus un lot masculin des enfants : ce lot devait toutefois, lors d'un nouveau mariage, retourner à ces derniers. Les époux ne laissaient-ils pas d'enfants, le survivant avait le choix, ou de prendre la moitié tant des meubles que des immeubles, ou de céder seulement les trois quarts des biens privés du défunt aux héritiers de ce dernier, lesquels devaient s'en contenter [1].

Enfin, la *Nouvelle loi d'hérédité* (*Arvelov*) du 21 mai 1845, a apporté la modification qu'aucune proportion n'est désormais fixée aux apports des conjoints. La même loi statue en outre que, lorsque l'un des époux meurt laissant enfants, le survivant reçoit, outre la moitié des biens, un *lot fraternel* (suédois : *broderslott*). Mais si toute descendance manque, le survivant reçoit *la moitié des biens*, outre *un tiers* de la part du défunt, et enfin, la *succession* entière, s'il n'y a pas d'héritiers.

CHAPITRE V.

De la communauté des biens d'après les anciennes coutumes suédoises.

Avant de passer à l'exposition du développement de la communauté des biens d'après les anciennes lois de notre patrie, nous jugeons nécessaire, d'un côté, de renvoyer à ce que nous avons dit précédemment sur la manière dont nos ancêtres considéraient la famille, savoir comme un tout, et d'appeler, de l'autre côté, l'attention du lecteur sur l'importance que, par suite de ce point de vue, la terre patrimoniale avait pour les membres de la famille.

La fortune confère toujours plus ou moins de pouvoir ou d'influence. Nos ancêtres n'ignoraient pas ce fait. Mais pour que la propriété puisse conférer à une famille du pouvoir, de l'influence et de la réputation, il faut qu'elle soit concentrée entre aussi peu de mains que possible; car dès que la division en est

[1] La *Loi danoise de* 1683, 5, 2, 19, 20.

permise, elle cesse de produire les effets ci-dessus énumérés. La vérité de ce fait leur était bien connue. Aussi longtemps que la propriété ne sortait pas de la famille ; aussi longtemps qu'elle restait en la possession exclusive de quelques individus, c'était une force qui savait se faire valoir dans la vie publique.

On le sentait vivement, et par suite de ce sentiment, il devait être dans l'esprit de l'ancienne législation de retenir autant que possible la propriété dans le sein de la famille. Ce fait prédomine surtout à l'égard de la propriété immobilière. Car, ainsi que le remarque avec justesse l'auteur de l'*Histoire du développement social de la Suède*, « la propriété de terre ou d'immeuble était une condition nécessaire pour la jouissance de droits politiques complets. Plus la famille comptait de propriétaires fonciers, plus elle avait de réputation et d'influence dans la vie publique, plus était puissante la protection mutuelle que ses membres pouvaient se donner. Il ne pouvait dès lors lui être indifférent que les terres à elle appartenantes lui restassent en propre ou passassent à une autre famille[1]. » La terre de famille était donc un gage de l'indépendance de la famille, et sa possession une condition *sine quâ non* pour être habile à prendre part aux décisions des affaires publiques dans les grandes assemblées nationales (*thing*). A l'hérédité de la terre était joint le devoir de défendre les intérêts de la patrie et ceux de la famille ; et rien de plus naturel en conséquence qu'il fût dans l'esprit de notre ancienne législation, non-seulement de conserver dans la famille la terre patrimoniale, mais encore d'attacher la terre à la personne des mâles de la famille. Cette double tendance ne se manifeste pas moins dans les *lois sur l'hérédité*, et dans leurs dispositions à l'égard du *droit de retrait de la famille*, que dans celles *sur les rapports réels des époux*. Les lois d'hérédité trahissent cette même tendance, tant par l'ordre qu'elles prescrivent aux membres de la famille pour entrer en possession des biens d'un parent défunt, que par le mode de répartition ordonné par elles, dès qu'il y a plusieurs héritiers. Par suite des raisons ci-dessus, les femmes étaient primitivement exclues de l'hérédité, hors le cas où le défunt n'avait pas laissé d'enfant mâle ; même lorsque l'opinion publique fit enfin concéder aux filles le droit d'hériter de concert avec les fils, on chercha à

[1] Nordstrom, l. c., II, p. 129.

exclure les filles de *la terre patrimoniale* proprement dite [1], et on ne leur donna en outre que *la moitié* de la quote part de ces derniers. Les mêmes tendances à conserver la terre patrimoniale dans le sein de la famille, sont aussi l'origine des défenses ou des restrictions apportées au droit de disposer de la terre patrimoniale par don entre-vifs ou par testament, ainsi que de la faculté des *bördsmän* (membres de la famille ayant droit de *retrait* (*börd*), de racheter par priorité la terre cédée à *titre onéreux*, ou de reprendre celle sortie de la famille à *titre gratuit*.

Il était dans la nature des choses, que les dispositions touchant les rapports réels des époux fussent en harmonie avec les lois d'hérédité et de retrait, et qu'elles prévinssent, dans les conventions matrimoniales, le passage des terres de famille dans des mains étrangères; c'est justement en présence de ce danger, qu'on sentit la nécessité de prohiber la copropriété des époux dans leurs *immeubles hérités respectifs*, idée qui fait partout la base des dispositions de nos coutumes provinciales à cet égard. Considérant, en outre, jusqu'à un certain point comme acquis à la famille ce qu'acquérait l'individu, on devait, pour les mêmes raisons, refuser aux époux d'avoir droit à une part de la propriété foncière que l'un d'entre eux ou tous les deux individuellement pouvaient obtenir de la sorte avant l'entrée en mariage.

Quoique, de cette façon, et pour les causes indiquées plus haut, une certaine catégorie de propriété ne pût être commune aux conjoints, l'étude des coutumes provinciales de notre patrie, met toutefois hors de doute qu'au temps où ces coutumes furent mises par écrit, la communauté à l'égard de tous autres biens était généralement reconnue comme suite légale du mariage. La loi de *Gotland* (*gotlandslagen*) diffère toutefois, à cet égard, de toutes les autres, car la communauté des biens lui est totalement inconnue. Les rapports réels des conjoints paraissent, d'après la loi de *Gotland*, avoir été fixés dans le conseil ou réunion des fiançailles (*mala thing*), comme c'était l'usage dans les temps plus anciens; ainsi le *sponsor* fixait une certaine dot (*haimfylgi*), qui ne devait toutefois pas dépasser 2 marcs d'or; et le prétendant promettait de son côté un présent

[1] Voy. la loi d'*Upland*, Q. B., 12, et la loi d'*Ostrogothie*, G. B., 3.

(*hogsel*) pour l'obtention de la fiancée, et appartenant à titre exclusif à cette dernière. Ces deux prestations constituaient la propriété privée de la femme, propriété que le mari administrait avec le reste des biens des époux. La loi de *Gotland* prescrit seulement, en conséquence, qu'à la dissolution du mariage, la veuve avait le droit de jouir d'un certain gain de survie, et de reprendre sa dot, ainsi que le *hogst* (probablement le *mundr*)[1]. Mais la femme mourait-elle sans enfants avant le mari, sa dot seule retournait à ceux qui l'avaient fournie[2]. Ces dispositions témoignent d'un âge reculé, et sont en complète harmonie avec les récits de nos vieilles Sagas sur les usages légaux primitifs de nos ancêtres ; elles offrent de grandes analogies avec les dispositions des sources du droit *islandais* et *norwégien* sur les droits de la femme dans les biens des époux, aussi longtemps que le régime de la communauté n'est pas venu les modifier.

Quant au régime de communauté (*giftorätt*) établi par nos coutumes provinciales, nous croyons nécessaire, pour plus de clarté, d'examiner : 1° *Le temps où la communauté était censée entrer en vigueur ;* 2° *Quelle était la propriété soumise au régime de communauté ;* 3° *La quote-part de chaque époux dans la propriété commune ;* et 4° *Le temps où le partage des biens ci-dessus avait lieu.*

1° *Entrée en vigueur du régime de la communauté.*

Suivant les coutumes provinciales, la communauté des biens est un droit inhérent au mariage légal ; et on la considérait, d'après cette règle, comme devant entrer en exercice dès la consommation du mariage. Or les idées du temps tenaient le mariage pour consommé, dès que les époux avaient couché une nuit ensemble. Notre droit primitif présente, à cet égard, une analogie complète avec les plus anciennes lois des autres peuples germaniques. Ainsi la *loi de Vestrogothie* s'exprime comme suit[3] : *Le jour qu'ils viennent tous deux sur matelas et sous draps communs, alors la femme a le tiers des biens.* Quoique la seule *loi d'Ostrogothie* prescrive la bénédiction nuptiale comme une formalité nécessaire, elle déclare, toutefois, expressément

[1] La signification de ce mot ainsi que du mot *och ip* est douteuse.

[2] La loi de *Gotland*, I 28, 5 ; 20, 5 ; 65. II, 38, 5. III, 37, 81.

[3] La loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 9 ; II, G. B., 15. *Paghaer per kumae bapi a en bulster ok unpir ena bleo. pa a hun pridiungh i bo.*

que les suites juridiques du mariage ne commencent que quand les époux se sont couchés ensemble[1]. L'ancienne et la nouvelle *loi de Westmanland*, ainsi que celle de *Sudermanie*, statuent que lorsque l'épouse se rend de la maison paternelle au domicile conjugal, les amis de noce sont responsables de toutes les insultes auxquelles elle pourrait être exposée pendant le trajet, « *jusqu'à ce qu'elle soit venue au drap et au matelas;* » dès ce moment aussi, ainsi que le déclarent expressément les *lois d'Ostrogothie* et de *Helsingland*, la tutelle maritale était censée commencer[2].

2° Des biens soumis au régime de la communauté.

Ces biens étaient :

1° *La propriété mobilière.*

C'est ce que prouvent la loi de Vestrogothie et celle d'*Ostrogothie*, où il est dit : *Tous les biens meubles sont communs par le mariage.* Les lois de la Gothie ne paraissent pas avoir établi de différence entre les meubles hérités et ceux acquis par achat. Mais on exceptait, par contre, de la communauté, ce qui avait été expressément donné comme dot ou *omynd*. La *loi de Vestrogothie* prouve ce fait, lorsqu'elle dit, à propos du partage des biens, que la dot serait déduite d'iceux, et ne pourrait entrer dans ledit partage. Et la *loi d'Ostrogothie* dit encore plus expressément : « que les meubles faisant partie de la dot, ne peuvent être mis au nombre des biens communs, et doivent être retirés de l'hoirie avant le partage[3]. »

Que si nous interrogeons les lois du *Svéaland*, celle d'Upland, déclare que tous les biens meubles, non-seulement ceux possédés par les époux avant le mariage, mais encore ceux qu'ils pouvaient acquérir dès lors par héritage ou d'autre manière, seraient propriété commune, à l'exception seulement de l'or et des serfs (*utaen gull ok hemae hion*). Les mêmes dispositions se

[1] La loi d'*Ostrogothie*, G. B., 6, pr.; 7, pr., et SCHLYTER, l. c., p. 157. *Ganga bapin ippendarlika i siang saman.*

[2] La loi de *Westmanland*, I, G. 2; II, Q. B., 2, 1. — Loi de *Sudermannie*, G. B., 3, 1. *Paer til hon a blöio oc bolstir combir.* — Loi d'*Ostrogothie*, G. B., 7. — Loi d'*Helsingland*, Q. B., 2.

[3] La loi d'*Ostrogothie*, G. B., 1, 7. — La loi de *Vestrogothie*, I, a. B., 5. C'est dans les mêmes termes que la coutume de Normandie dit : « *Au coucher gagne la femme son douaire.* » (*Note de la Direction.*)

retrouvent dans la nouvelle *loi de Westmanland*, et dans celle de *Helsingland*, avec l'exception, toutefois, que cette dernière ne fait nulle mention de l'or ni des serfs. La loi de *Sudermanie* statue de même que les biens meubles sont, sans restriction aucune, soumis au régime de la communauté. Il faut, cependant, noter que les anciennes lois suédoises mettant dans la catégorie des biens meubles de nature communicable, les animaux élevés à la basse-cour, et les produits des terres des conjoints, même dans le cas où ces dernières proviendraient d'héritage. Cette disposition ne se trouve, il est vrai, que dans la loi de la Vestrogothie, mais le principe avait probablement une application universelle[1].

Était ensuite propriété commune :

2° *La terre acquise par achat pendant le mariage.* Les lois de la Gothie et du Svéaland concordent pleinement à cet égard. La *loi de Vestrogothie* remarque que la communauté s'applique aussi à l'*allmaenningsiorp* (défrichements opérés, ou fermes bâties sur les *communs* publics), aussi bien qu'aux meubles et immeubles achetés pendant le mariage. La *loi d'Ostrogothie* met, sans doute, comme nous l'avons dit plus haut, la bénédiction nuptiale au nombre des formalités nécessaires à la célébration du mariage; mais elle considère toutefois les droits résultant de cette célébration, comme n'entrant en vigueur qu'après la première cohabitation. Pour cette cause, les immeubles acquis avant la cohabitation (avant « *qu'ils entrassent ensemble dans le lit* » *pön koma i siang saman*), étaient exclus de la communauté. Il y avait cependant une exception toute spéciale, savoir que si l'un des époux achetait un immeuble foncier *après* la cérémonie nuptiale, mais avant la cohabitation, cet immeuble était déclaré commun. L'achat avait-il lieu, par contre, après la cérémonie nuptiale, sans que celle-ci eût été suivie de la cohabitation, le survivant n'avait aucun droit de communauté, et l'immeuble retournait aux héritiers légaux du défunt[2]. Qu'il nous soit permis d'ajouter encore, à cet égard, que les inventaires d'agriculture paraissent avoir suivi la destinée de la terre, de sorte que, si cette dernière

[1] La loi d'*Upland*, Q. B., 3; 7, 1; 10, pr. — La loi de *Westmanland*, II, Q. B., 3; 8, 1. — La loi d'*Helsingland*, Q. B., 3, pr., 9. — La loi de *Sudermanie*, G. B., 3, 3.

[2] La loi d'*Ostrogothie*, G. B., 7.

avait été acquise pendant le mariage, les inventaires d'icelle appartenaient à la communauté, et *vice versâ*.

Les lois du Svéaland nomment tantôt *bolköp*, tantôt *tvengeköp* les acquêts des époux sous le régime de la communauté, et dans lesquels tous deux avait un droit légal, savoir, le mari les deux tiers, et la femme, le tiers restant. La part du mari ou de la femme était, lors du convol en secondes noces, considérée comme bien communicable [1].

La formule matrimoniale (*giptarmal*) consignée dans les lois d'*Upland*, de *Westmanland* (la nouvelle) et de *Helsingland* ne mentionne que la communauté des biens meubles. Nous croyons pouvoir expliquer cette particularité en conjecturant, qu'*au temps où la communauté des biens vint en usage, elle en concernait, que les biens meubles*. Et, comme nous l'avons dit plus haut, les droits réels de la femme étant spécialisés par le *giptarmal*, il ne pouvait, par conséquent, y être fait mention que des meubles. Il est croyable que la formule du mariage s'était conservée traditionnellement depuis le temps où la communauté était circonscrite aux biens meubles, et qu'elle a ensuite passé sans modification dans les susdites lois. La *loi d'Upland* mentionne, il est vrai, que le roi Saint-Éric doit avoir promulgué, dans la seconde moitié du XIIe siècle, la loi sur le droit de communauté [2]. Mais cela ne signifie probablement autre chose, sinon que Saint-Éric sanctionna la coutume déjà existante de son temps, savoir que dès qu'il n'en avait pas été décidé autrement lors de la convention des fiançailles, la femme avait droit au tiers des biens meubles apportés par les époux à la communauté, ou acquis ensuite par achat ou par héritage. Il n'est pas croyable que le roi Éric ait créé une loi nouvelle à cet égard. Il devint toutefois bientôt d'usage de conférer à la femme une part des immeubles achetés après le mariage, car on ne considérait, assurément, les immeubles acquis de la sorte que comme un équivalent du prix de l'achat. Cette supposition de l'extension de la communauté aux immeubles, peut s'étayer de la circonstance que l'ancienne *loi de Vestrogothie*, mise par écrit au commencement du XIIIe siècle, confère déjà à la femme le droit au tiers des immeubles achetés

[1] La loi d'*Upland*, Q. B., 9, 1; G. B., 4, 6. — La loi de *Westmanland*, II, Q. B., 8, 3. — La loi d'*Helsingland*, Q. B., 9.

[2] La loi d'*Upland*, Q. B., 3.

pendant le mariage. Mais, la cause de ce que la formule matrimoniale des lois du Svéaland, quoique plus jeunes d'un siècle, ne contient aucune clause touchant le droit de la femme aux terres susdites, la cause, disons-nous, de cette singularité, est peut-être que les rédacteurs de ces lois, mus d'un pieux respect, n'ont pas cru devoir modifier une formule sanctionnée par la coutume, et devenue l'objet d'une certaine vénération. Ils ont donc préféré inscrire ailleurs, dans les mêmes lois, le droit de la femme au tiers légal (*laga pripiung*) des biens acquis par achat.

De même que, dans les anciennes lois de la Norwége et du Danemark, la *terre patrimoniale*, prise en une signification générale, était, d'après nos coutumes provinciales, exclue de la communauté. La cause en était à coup sûr celle mentionnée naguère par nous, savoir la conservation de la position indépendante des familles, et de l'influence politique de leurs membres. Il paraît que l'on comprenait sous le titre de *terre patrimoniale*, toute terre qui, *une fois*, avait passé en héritage dans la famille. Cependant, quelques endroits des lois provinciales prouvent que la terre devait, pour recevoir une telle nature, avoir passé en héritage à travers plusieurs générations. On considérait encore, comme terre de la même nature : 1° l'équivalent (*surrogatum naturale*) de *la terre patrimoniale*, savoir la terre qu'un héritier pouvait avoir reçue par échange en lieu et place de sa terre patrimoniale, ainsi que les immeubles achetés au moyen de deniers provenant de la vente de terres patrimoniales, et 2° la *bödköpt jord* (*terre achetée par retrait*), c'est-à-dire la terre patrimoniale achetée d'un membre de la famille, ou encore celle rachetée en vertu du droit de retrait. La circonstance que la *terre achetée par retrait* était tenue pour terre patrimoniale, était une conséquence nécessaire des idées de nos ancêtres sur la terre patrimoniale; aussi les coutumes provinciales ne connaissent-elles pas, entre la terre patrimoniale et la terre achetée par retrait, la distinction, d'origine plus récente, qui se retrouve encore dans notre législation.

Outre la terre patrimoniale, étaient exclus de la communauté, les immeubles que les époux pouvaient acheter avant la consommation du mariage par la cohabitation. La cause de cette exception est, sans doute, encore celle mentionnée plus haut, que, quant à la terre acquise par un membre de la famille avant

son mariage, la famille y avait déjà des droits qui ne pouvaient être ni diminués, ni mis en souffrance par un mariage postérieur à l'achat. La terre acquise avant le mariage, était acquise à la famille; elle devait par conséquent lui être conservée [1]. Enfin nous ferons observer que comme immeubles suivant, pour les mêmes causes le sort de l'immeuble foncier, étaient encore considérés les *cours d'eaux* et les *moulins*.

3° *Quote-part de chacun des époux dans les biens de la communauté.*

Les coutumes provinciales concordent pleinement à cet égard, tant avec le *Grágás* qu'avec les anciennes *lois norwégiennes*. Le droit de communauté y comprend invariablement, pour le *mari*, les *deux tiers*, et, *pour la femme*, *le tiers de la propriété communicable*. La part de la femme est nommée son *tiers légal*, mais à l'ordinaire : *pripiung ibb* [2] *bos loter*. Aussi disait-on d'elle « *qu'elle était mariée au tiers*, » (*gipt til pripiungs*); et le partage qui avait lieu à la dissolution du mariage, était, par la même cause, nommé *pripiungs skipti*, partage au tiers. Ce qu'elle recevait de la sorte pour sa quote-part, est aussi déclaré comme droit découlant de la consommation du mariage légal. Mais quoique cette base de partage constitue la règle, on retrouve toutefois, quoique exceptionnellement, dans les coutumes provinciales, des exemples de partages entre époux, dans lesquels l'homme et la femme avaient des lots égaux, notamment, dans le mariage entre serf libéré (*fraelgini*) et serve domestique (*fostra*) : ni présent de fiançailles (*vingaef*), ni morgengabe (*nindradagsgaef*), présent du deuxième jour, n'étaient accordés dans ce cas.

4° *Époque du partage des biens de la communauté.*

Quoique la femme eût acquis, par la consommation du mariage, un droit légal au tiers de la propriété commune, elle n'avait, aussi longtemps que durait le mariage, aucun droit de disposition sur sa quote-part, laquelle était, de même que sa propriété particulière, placée sous l'administration du mari. Il

[1] La loi de *Westmanland*, I, G. B., 11, 15.

[2] La loi d'*Upland*, Q. B., 3. — La loi de *Westmanland*, II, Q. B., 3, 8, pr. — La loi d'*Helsingland*, Q. B., 3, 7. — La loi de *Vestrogothie*, I, G. B., 5, 1; 9. II, G. B., 5, 6; 16. — La loi d'*Ostrogothie*, E. 18; 19. *Laga pripiung, raetter pripiunger sum hun giptis til.*

ne lui était permis qu'exceptionnellement, pendant l'absence du mari, ou dans des cas de détresse, de disposer des biens communs et de se dessaisir d'une partie d'iceux. C'était seulement lors du partage suivant la dissolution du mariage, que sa quote-part dans la communauté était connue dans son montant effectif. Dès que les terres patrimoniales ou les biens privés des époux, du nombre desquels était la dot ou *l'omgud* de la femme, avaient été mis à part, on partageait la propriété commune restante. L'homme, ou, s'il était mort, ses enfants ou ses autres héritiers, prélevaient sa part, et *vice versâ*, la femme ou ses héritiers, son tiers légal (*pripiung*)[1]. Mais les coutumes provinciales mentionnent aussi que la femme pouvait perdre ses droits à cet égard ; si elle se rendait coupable d'*adultère*, d'*abandon volontaire du domicile conjugal* ou *de meurtre sur la personne de son mari*, elle perdait irrévocablement sa part des biens communs [2]. Hors cela, ses droits étaient impérissables, quel que fût l'époux survivant. Mais si le mari avait eu le malheur de frapper sa femme de manière que mort s'ensuivît, il avait lui-même perdu sa part de communauté dans les biens meubles de la défunte.

La *loi d'Ostrogothie* offre toutefois une divergence remarquable d'avec les autres coutumes tant de la Gothie que du Svéaland, à l'égard du droit de communauté de la femme, soit qu'elle fût morte avant, ou après le mari. Cette loi statue que le tiers légal des biens n'appartient à la femme que lorsqu'elle est survivante. Meurt-elle avant lui, son droit est périmé, ou, comme dit la *loi d'Ostrogothie*, alors le mari hérite le tiers de la femme; ainsi les meubles et immeubles achetés sous le régime matrimonial, étaient la propriété exclusive du mari [3]. Le droit au tiers des biens communs, était donc, en vertu de cette loi, d'une nature purement aléatoire.

Nous avons déjà dit que les lois du Svéaland prêtent à la supposition que lorsque la communauté des biens commença à être en usage dans la provinces du Svéaland, elle ne s'éten-

[1] La loi de *Vestrogothie*, I, a. B., 5; II, a. B., 7. — La loi d'*Ostrogothie*, G. B., 15.

[2] La loi de *Vestrogothie*, I, G. B, 5, 1, 17. II, G. B., 5; 6. III, 56 *in fin.* — La loi d'*Ostrogothie*, Kr. B., 27; E., 19; 26. — La loi d'*Upland*, Q. B., 5. — La loi de *Westmanland*, II, Q. B., 5 — La loi d'*Helsingland*, Q. B., 5.

[3] La loi d'*Ostrogothie*, G. B., 7; 16. *Pa aeruir bondin pripiung haennas.*

dait qu'aux biens meubles. La loi d'Ostrogothie paraît indiquer que les lois de la Gothie ne concédaient, au commencement, le tiers légal à la femme, que lorsqu'elle survivait. C'était, sans doute, encore la coutume de l'Ostrogothie, vers la fin du XIIIe siècle, lorsque la loi susdite fut mise par écrit. Dans ce but, la loi ordonne la fixation, lors des fiançailles, de *l'omynd* et du *morgengabe* de l'épouse. Car, dès que le mariage était dissous par le décès de cette dernière, l'*omynd* et le *morgengabe* seuls retournaient à ses enfants ou à ses héritiers directs, l'*omynd*, la dot toutefois, s'il n'y avait pas d'enfants, retournait en premier lieu à celui qui l'avait fournie. Cette disposition de la loi d'Ostrogothie trahit en tout cas un âge reculé; c'est, sans doute, un débris des temps où la communauté des biens n'était pas encore entièrement reconnue par les mœurs légales, mais où c'était la coutume de statuer, dans la convention des fiançailles, le droit de la femme à la dot (*omynd*) fixée par le *sponsor*, et au *mundr* (depuis *morgengabe*) que le mari s'obligeait de son côté, à fournir à l'épouse. K. D'OLIVECRONA.

PARTAGE D'ASCENDANT.

ACTION EN RESCISION. — ACTION EN RÉDUCTION. — ESTIMATION.

Par M. Dubernet de Bosco, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

« La matière des démissions de biens est certes de quelque » importance. Les contestations qui en peuvent naître ne se » rencontrent pas, à la vérité, fréquemment entre gens riches. » Elles sont plus ordinaires parmi le menu peuple. Et la » raison en est que les personnes riches trouvent, *en conservant leurs biens*, les secours que les autres attendent *en* » *les abandonnant*. »

(Boullenois, préf., p. 1, éd. de 1727.)

PREMIER ARTICLE.

1re QUESTION.

Lorsqu'un partage d'ascendant est attaqué par l'une des voies indiquées dans l'article 1079 du Code Napoléon, faut-il, en supposant que l'estimation des biens doive être celle du décès, tenir compte des changements survenus, depuis l'acte, dans la valeur réelle?

§ 1.

1. N'y aurait-il, à titre d'expérience, que cette baisse et cette hausse considérables dont les fonds de terre furent si subi-

tement l'objet dans ces dernières années; n'y aurait-il, à ce même titre, que les scandaleuses instances en nullité, en rescision, en réduction, dont presque toujours le seul motif a été, non un fait imputable aux ascendants, mais cette hausse accidentelle, imprévue, impossible à prévoir, il y aurait bien de quoi redoubler, en faveur du *menu peuple* pour qui a écrit notre auteur, cette sollicitude que, plus tard, le premier consul exprima aussi sur une des branches de ce même sujet [1].

2. Et ce jeu de va et vient, qui est le fond même de la question, n'est pas seulement, comme on se le persuade, funeste aux préciputaires : il l'est aussi aux réservataires. D'abord, entre eux, ils courent incontestablement ce risque. Puis, de la part des préciputaires eux-mêmes, ils sont, dans certains cas, en ce même endroit, exposés à des recherches, y ayant toujours, des deux côtés, ce que Coquille appelle des *hargneux* [2], et le droit absolu étant tel [3]. — En effet, sont-ils lotis en nature? Si leurs lots augmentent de valeur vénale, tandis que celui du préciputaire n'en aura pas augmenté, ils peuvent très-bien avoir lieu de lui en faire raison. Lui ont-ils vendu? Ce pourrait bien être une question très-sérieuse que celle de savoir si, vu le principe *d'égalité* à maintenir entre tous les co-partageants, et vu aussi l'insignifiance de toute qualification donnée à tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision (art. 888 C. Nap.), l'acquéreur serait traité comme un acquéreur ordinaire et éconduit par l'article 1683?

3. Aussi, dans une série d'observations, que *la revue critique de législation et de jurisprudence* a bien voulu accueillir [4], avons-nous touché, *pour tous*, à la difficulté actuelle. Mais, vu le cadre dans lequel nous avons dû nous renfermer alors, nous nous sommes borné à faire ressortir les conséquences de l'opinion qui veut se baser sur la valeur vénale intervenue lors du décès.

Ces conséquences, avons-nous dit, sont celles-ci :

1° Plus un père de famille sera consciencieux et prudent, moins il voudra faire des actes si hasardeux. Plus les enfants

[1] « Il faut assurer le point central des fortunes territoriales *modiques*. » (Fenet, 12, p. 313, 314.)

[2] Éd. de 1666, p. 128.

[3] M. Dalloz, nouv. rec. alph., v^is *Disp. entre-vifs*, etc., n°s 4600, 4601.

[4] Livraison de mars et avril 1858.

seront enclins à la régularité, à la délicatesse, moins ils voudront accepter, surtout ceux qui pourraient avoir besoin de vendre leur lot à autrui; car, tenus de rapporter la valeur du décès, au lieu de celle provenant du partage et de la vente [1], ils pourraient avoir à rapporter beaucoup plus, peut-être jusqu'au double.

2° Ces actes devenant ainsi odieux, impraticables, où arrive-t-on? Au délaissement des père et mère, à la désolation de leurs vieux jours, au dépérissement de leurs manoirs dans les mains des mercenaires, à une perte certaine pour tous, à une destinée d'aventuriers pour les enfants que l'on croit tant protéger.

4. Maintenant, sans sortir encore du point de vue à prendre sur ces conséquences, nous disons de plus :

Si, du moins, nos réclamations n'étaient que théorie! Si rien dans la loi, dans son esprit manifeste, dans ses rapports avec les lois supérieures, n'avait convié, incité à ces sortes d'actes! Si elle n'en avait promis l'effet définitif! Si enfin elle avait fait réserve d'autre chose que la fraude ou l'erreur grossière!..... Mais nous reconnaissons tous : 1° Que ces actes ont été inaugurés et recommandés comme éminemment efficaces à la paix des familles par leur sagesse, par leurs éléments spéciaux d'exactitude, par leur stabilité, par leur durée [2]; 2° Que les mutations de propriété en général doivent, le moins possible, demeurer incertaines [3]. Et cependant, pour celles-ci, d'un côté, nous ne nous contentons pas des dix années qui ont

[1] C'est ce que concède, bien qu'à regret, le dernier arrêt rendu sur la question par la Cour d'Agen (Sir.-Vill., 58, 2, 461).

[2] « Mieux que personne, mieux que leurs enfants eux-mêmes, les pères et » mères connaissent les vrais besoins de ceux-ci, *la valeur vraie de leurs* » *biens*. — La loi *présume toujours avec faveur* de leur jugement. — Ceci » sera de leur part *un acte de magistrature*. — Là sera déposé *le sort de la* » *famille*. — Ce sera *un moyen d'ordre* égal à celui des substitutions permises » par l'article 1048. (Cour d'Aix, Bigot-Préameneu, Jaubert. V. Fenet, 3, » 54; 12, 566, 616.) »

[3] V. les motifs de nos diverses lois sur les actions en nullité ou en rescision et sur les prescriptions. — V. ceux de nos lois nouvelles sur les saisies immobilières, les hypothèques légales, etc. — V. les tendances contre le régime dotal, et, en pratique, le non-usage des substitutions permises par le Code Napoléon. — V. spécialement dans le discours de Bigot-Préameneu, dans celui de Jaubert, pourquoi ont été exclues de la matière qui nous occupe les anciennes donations à cause de mort, les démissions révocables.

été fixées par la règle de droit commun, à partir du jour des actes : nous voulons que le temps ne compte que *du jour où a lieu le décès*. Tandis que, d'un autre côté, et derechef, nous voulons que l'agriculture ne souffre pas; que chacun travaille son lot en paix, avec confiance; que les pères et mères vivent et meurent tranquilles!

5. A la vérité, jusque-là, toute incertitude se réduit à une question de fraude ou d'erreur. Et comme la question de fraude n'est rien que justice ou chimère, comme celle d'erreur est déjà très-bien jugée par avance, ce n'est pas avec moins de sécurité que l'on travaille, que l'on vit. Mais nous venons ajouter qu'il ne suffit pas d'avoir été juste dans l'intention, exact dans le fait, patient et digne dans la conscience de son droit; qu'il ne s'agit pas de ce qu'on a connu, *mais de ce qu'on n'a pas connaître;* qu'il ne s'agit pas de ce qu'on a fait ou omis de faire, *mais de ce qui a été complétement en dehors du pouvoir de chacun, de ce qui a été opéré par le seul hasard du temps.* Nous venons, en un mot, apprendre à tous (car il faut l'apprendre pour y croire!) que la valeur vénale nouvellement survenue est la seule à consulter [1]. Quoi faisant, ce n'est pas seulement leur bon sens, leurs notions de justice naturelle que nous venons heurter : c'est aussi leurs souvenirs. Nos anciens, en effet, tout pliés qu'ils fussent à certaines causes d'incertitude dans la possession des biens, échappaient à celle-ci en présumant, comme on nous l'a remontré depuis, « que les pères et mères connaissaient mieux que personne la valeur de leurs biens, » et en repoussant, sur cette présomption seule, toute plainte où la lésion n'était pas « très-considérable [2]. » Tandis que maintenant, sur des différences quelquefois bien légères, sur des expertises souvent mal élaborées [3], nous rescindons, nous réduisons.

Et celui qui cultivait son lot, celui surtout qui l'a vendu, de nous répondre, avec cette respectable force d'un cœur qui sent

[1] Sir.-Vill., 51, 1, 340; 57, 2, 68; 58, 2, 461; M. Genty, n° 53, p. 317; M. Dallos, rec. alph., v^is *Disp. entre vifs*, n°s 4608 et 4609. — Confr. Sir.-Vill., 50, 2, 308; 58, 2, 253; jug. du trib. d'Agen, 58, 2, 461.

[2] Mornac, sur la l. 10, *Famil. ercisc.*

[3] Nous en avons vu nous-même où les experts n'avaient pas exploré les lieux; où, contrairement à l'article 315 du Code de procédure, les parties n'avaient pas été convoquées; où l'on s'était basé (sans le savoir apparemment) sur les données fournies par un instigateur du procès.....

n'avoir rien à se reprocher : « Nous avons été trahis tous deux! » l'un de nous, en outre, est ruiné!!! »

Et, tout autour d'un pareil exemple, le public de se récrier en ces mots : « Étrange loi que celle qui nous autorise, qui nous » convie, et qui plus tard brise les moyens pris pour le but » qu'elle a elle-même indiqué! Étrange loi que celle qui nous » pousse dans ce sentier, comme conduisant avec plus d'assu- » rance au bon ordre des familles, et qui, sous les pas des plus » honnêtes, des plus prudents, fait précisément surgir des dis- » cordes que, sans elle, on n'aurait pas vues! Arrière donc dés- » ormais ces faux arrangements [1]!..... »

6. Or, cette loi elle-même réclame; car elle est la probité; car elle est la sagesse; car elle est la conformité logique des moyens avec le but; car enfin, comme l'a fort bien dit un homme de génie, fondant ainsi en deux mots deux lois du digeste qui proclament cette même vérité [2]. « Il n'y a pas de droit contre » le droit. »

Du reste, en attendant l'étude plus avancée que nous allons faire dans ces partages spéciaux, retenons bien les paroles de celui qui en exposa la véritable pensée devant le corps législatif, se modelant d'ailleurs, comme nous l'a assuré Mornac, sur la pratique ancienne : « Mieux que personne, mieux que leurs » enfants eux-mêmes, les pères et mères connaissent la valeur » réelle de leurs biens. » Comment l'orateur du gouvernement aurait-il énoncé une pareille raison, si cette valeur dont il parlait eût dû être celle que les pères et mères ne peuvent prévoir, ne peuvent *connaître?*.....

Et le texte? A quoi veut-il qu'on ait à imputer l'avantage excessif? Est-ce aux accidents qui auront pu suivre le partage? Non : c'est *au partage lui-même, aux dispositions elles-mêmes* [3]; dès lors, en remontant à l'époque de ces dispositions et de ce partage, non à toute autre; à leur auteur, non à autre cause.

7. Confiance donc en la thèse que nous soutenons! Car, ainsi

[1] A notre barreau on donne pour avis de ne plus faire ces partages. D'ailleurs c'est à ce point que de pareils copartagés ne trouvent pas d'acquéreurs, que quelques-uns sont même en procès pour se faire payer le prix, attendu qu'il y a *un juste sujet de craindre* (art. 1653).

[2] LL. 14 et 15, ff., *De legib.*

[3] Article 1079.

que nous venons de le faire pressentir, elle est pour l'époque *de l'acte.*

§ 2.

1. Mais n'y aurait-il pas, dans le droit positif, des règles spéciales et en même temps contraires à ce sentiment?

L'auteur qui, le dernier, du moins à notre connaissance, ait disserté sur la question est M. Dalloz [1]. C'est ainsi qu'il a pu résumer, et qu'il a résumé en effet tout ce qui en a été dit (sauf, bien entendu les arrêts d'Orléans et d'Agen, qui n'ont été publiés que depuis). C'est ainsi que, de notre côté, nous répondrons à tous, pour ce qu'il y a de fondamental, en répondant à lui [2].

« Comment doit être fixée, dit-il (n° 4609), la valeur des biens » partagés? Faut-il, pour la déterminer, se reporter à l'époque du » partage, ou à celle du décès du disposant? Relativement à un » partage entre-vifs, doit-on se conformer à l'article 890, Code » Napoléon, d'après lequel, pour juger s'il y a *lésion*, on doit » estimer les biens suivant leur valeur à l'époque du partage, » ou à l'article 922 du même Code, aux termes duquel la *réduc-* » *tion* des dispositions entre-vifs se détermine d'après l'état » des biens à l'époque de la donation et leur valeur au temps » du décès du donateur? »

C'est bien là, dans son entier, notre question, et de plus voilà bien les deux textes qui se dénient réciproquement sur elle leur applicabilité.

Au surplus, nous acceptons par là, comme on le voit, le même sort pour l'action en rescision que pour celle en réduction, soit que, comme on l'a fait, nous devions en ceci les confondre [3]; soit que, celle-ci étant la plus hostile, il nous convienne de porter aussi contre elle nos efforts.

La question ainsi posée et acceptée, reprenons.

2. Les éléments de l'argumentation que fait l'auteur, pour se rattacher à l'article 922, sont ceux-ci :

[1] Nouv. rec. alph., v^is *Disp. entre vifs.* — MM. Massé et Vergé ont bien, en 1857, écrit sur cette matière, p. 313, *ad not.;* MM. Aubry et Rau, en 1858, p. 216, *ad not.*, ont bien aussi mentionné la question et la solution. Mais ils n'ont rien apporté à l'appui, se bornant à citer le susdit arrêt de rejet (Sir.-Vill., 51, 1, 340).

[2] V. au surplus notre question 2° ci-après.

[3] M. Dalloz, *loc. cit.*, n° 4651, et Sir.-Vill., 55, 1, 572, *ad not.*

Toutes les fois qu'il a été possible, dès le jour de la confection de l'acte dont on se plaint, de le déférer aux Tribunaux, c'est, sans contredit, suivant l'étendue du droit alors existant qu'il faut réclamer. Mais, par contre, si l'on n'a pu agir que plus tard, on ne doit consulter que le droit qui s'est formé à l'époque où l'action s'est ouverte. Or, la doctrine et la jurisprudence qui ont prévalu, ajoute-t-il, ont relevé comme constantes deux causes qui ajournent jusqu'au décès des ascendants la faculté de réclamer contre les partages par eux faits entre-vifs : 1° la nécessité de remettre à ce moment la composition d'une masse unique, d'une masse qui comprenne tous les biens, tant ceux partagés entre-vifs que ceux dont il a été disposé auparavant, et ceux enfin laissés au décès; 2° l'absence de toute qualité, même de toute liberté convenable avant cette époque.

3. Et toutefois, en posant ces deux bases, qui ont répugné à ses convictions premières, voici comment il conclut sur chacune d'elles :

« A tout considérer, dit-il, sur l'une, nous *inclinerions* pour » son adoption (n° 4608). »

« *Il semble*, continue-t-il sur l'autre, qu'elle doit faire préfé- » rer l'application de l'article 922 (n° 4609). »

Ainsi, chez ce grave auteur, qui a pesé les principales raisons fournies de part et d'autre, c'est, comme nous l'avons dit ailleurs, une opinion bien hésitante! Elle l'est sur ses deux bases ! Et, jusque-là, dans ce conflit, il nous *semble* aussi, même avant de remonter à l'esprit des textes, avant de les fixer à la place qui nous paraît appartenir véritablement à chacun d'eux, que nous pouvons douter encore.

4. Quoi qu'il en soit, c'est là un travail dont, pour ce moment, nous pouvons nous dispenser. Alors même, en effet, qu'il dût demeurer pour certain que le seul droit à décerner fût celui existant au décès et avec les circonstances que lui communiquerait cette époque; alors même que, pour légitimer cette décision, il fallût irrémissiblement accepter comme impossible toute plainte avant cette époque, il resterait à savoir si la valeur des biens à estimer, *notamment la valeur vénale survenue depuis le partage, fait réellement partie du droit qui appartient à chacun?* Car, outre le fonds, outre un premier accessoire qui lui vient communément des améliorations ou des dégradations faites par celui qui en est le détenteur, il s'y mêle aussi quel-

quefois un autre accessoire en bien ou en mal, qui vient des accidents naturels ou humains, et dont par conséquent il faut savoir qui doit en profiter, qui doit en souffrir?

5. En traitant une matière analogue à celle-ci, et identique quant au point qui nous occupe, Merlin, dans ses questions de Droit [1] a emprunté d'un ancien une précision qu'il s'est appropriée, et qui servira, nous l'espérons, à nous guider ici.

Après avoir reconnu, en règle générale, que ce n'est pas le moment de la démission, mais bien celui de la mort du démettant, qui détermine la part de chacun des démissionnaires dans la légitime, il fait et justifie, comme on va le voir, l'observation que voici :

« Mais ce principe, quelle application recevra-t-il dans l'es-
» pèce suivante? Depuis le partage fait en conséquence de la
» démission, il est survenu à quelques-uns des objets partagés
» *un cas fortuit, une force majeure,* qui a fait périr la portion
» d'un des démissionnaires. Cette perte tombe-t-elle sur ce
» démissionnaire seul, ou doit-elle affecter toute la masse, de
» manière que, à la mort du démettant, il faille procéder à un
» nouveau partage? — La grande maxime, répond Boulle-
» nois [2] (question 7), est que, dans les cas fortuits, la chose
» périt toujours pour le propriétaire. Or, nous ne pouvons nous
» dispenser de regarder le démissionnaire partagé comme *pro-*
» *priétaire* DU JOUR DU PARTAGE. »

« Il est vrai, continue Boullenois, que c'est le moment du
» décès du démettant qui fixe la part des démissionnaires entre
» eux. Mais cette règle a lieu 1° lorsqu'il s'agit de savoir si les
» démissionnaires ont été lésés *par le fait du démettant;* 2° quand
» la mort prématurée d'un des démissionnaires oblige à changer
» le partage; 3° dans le cas encore où les parties auraient plutôt
» partagé les fruits que le fonds; 4° enfin, toutes les fois que le
» partage n'a été que provisionnel. »

» Mais quand le partage se trouve raisonnable, exempt de

[1] Vis *Démis. de biens,* § 6.

[2] Voici, en outre, sur cet auteur, le suffrage de Furgole : « On trouvera
» la matière et les difficultés touchant les démissions de biens traitées par
» plusieurs, notamment par Dargentré, Lebrun, etc. *Mais aucun n'a déve-*
» *loppé cette matière avec autant d'exactitude que M. Louis Boullenois,*
» *avocat au parlement de Paris. C'est de ce dernier auteur que nous avons*
» *pris la plupart de ce que nous allons dire.* » (Testam., ch. 8, sect. 1,
» n° 178.)

» lésion [1] et définitif autant qu'il peut l'être; quand il n'est » survenu aucun changement dans le nombre ni dans la qua- » lité des copartageants; en un mot, quand il n'est question » que d'*un pur cas fortuit* arrivé sur les biens d'un des lots et » qui ne touche en rien A LA SUBSTANCE du partage, on ne voit » pas pourquoi celui des démissionnaires qui a essuyé la perte » pourrait la faire retomber sur les autres et s'en faire indem- » niser. »

« Inutile d'objecter, ajoute Merlin, en analysant ici son au- » teur, que, *dans le cas d'une démission particulière* [2], si la » chose donnée vient à périr ou à se détériorer, ce n'est pas le » fils donataire qui en souffre seul, quoiqu'il soit tenu de la » rapporter, mais que la perte se répand sur toute la succession. » La différence de ce cas d'avec le nôtre est sensible : dans le » premier cas il y a un partage *à faire*, dans le second le par- » tage *est fait* [3].

« Il en serait autrement si le partage contenait des nullités » et des vices qui obligeassent de le renouveler à la mort du » démettant. Les choses alors seraient virtuellement restées in- » divises, et le cas fortuit arrivé serait tombé sur des biens » communs et à partager. »

Voilà des nuances bien tranchées! N'y a-t-il pas de partage, ou, ce qui revient au même, y en a-t-il eu un qui reste pour non avenu? Les biens, avec les accidents qui les ont atteints, sont chose commune à tous. — Y a-t-il un partage subsistant, mais avec préjudice provenant *de ce partage*? Réparation! — Y a-t-il préjudice, *mais seulement accidentel*? Point de réparation!

[1] De celle qui, comme il vient de le dire, provient *du fait du démettant;* car il n'en conçoit pas d'autre.

[2] Comme celle dont les effets sont réglés par l'article 855, dans sa relation avec ceux qui le précèdent.

[3] Cette différence est implicitement reconnue par M. Genty lui-même (p. 318 et 319), puisqu'il laisse, en ce cas, la perte à la seule charge du copartagé. Aveu pareil par M. Dalloz (n° 4565), puisqu'il admet ici, avec ses conséquences, l'application de l'article 883. Seulement, plus loin, il cesse de voir cette différence. « Les partages d'ascendants ne sont considérés, » dit-il, lors même qu'ils ont été faits entre-vifs, que comme des sortes d'a- » vancement d'hoirie (n° 4603). » Il dit bien plus : « Leurs effets ne sont » autres que ceux *des partages testamentaires* (*ib.*). »

6. Eh bien! ainsi qu'on l'a pressenti, nous tenons que ce qui vient d'être dit pour un cas *de perte* accidentelle dépend du même principe que ce qui est à décider ici pour un cas de *bénéfice* accidentel. Cette réciprocité de raison est tellement vraie que, de par le simple sens commun (qui ne connaît pas, il est vrai, la différence entre le vendeur et l'acquéreur quant à la lésion), on se récrie partout en ces mots : « Pourquoi, lorsqu'il y a baisse, ne pas indemniser également ceux qui souffrent de cette baisse? » Et les principes généraux du droit de dire à leur tour : *res pinguescit ut perit domino... Par debet esse ratio incommodi et commodi, et naturaliter æquum est ut quem sequuntur incommoda sequantur et commoda.* Il y a mieux : dans l'application de ces principes généraux à la spécialité des partages, cette réciprocité entre les diminutions et les augmentations est écrite en toutes lettres[1]. A la vérité, c'est pour le cas où, le partage n'étant pas encore fait, *la succession* est ce propriétaire dont a parlé Merlin avec Boullenois. Mais ils ont dit aussi, comme on l'a vu, que, après le partage fait, *le copartagé* avait pareillement ce titre.

De plus, nous tenons encore que toute hausse en valeur vénale survenue à l'un des lots quelconques n'est absolument autre chose qu'un de ces bénéfices-là. D'une part, en effet, cela rentre dans les termes de la définition donnée sur les cas fortuits : *quod humana providentia regi non potest;* et, d'autre part, ce n'est pas ici, comme en matière de baux à ferme, le cas de distinguer entre ce qui provient du fait de l'homme et ce qui provient du fait de la nature. Cette distinction, relevée par l'article 1773, comme elle l'était par la loi 9, ff., *in fine, de transact.*, serait d'ailleurs ici impossible, les hommes et la nature aidant de concert à ces sortes de choses. Puis, c'est aussi et nommément cela que nous ont enseigné les anciens et même quelques modernes[2]. Lebrun avait voulu, il est vrai, établir une distinction entre les accidents extrinsèques (tels que les alluvions) et les accidents intrinsèques (tels que les variations de prix). Mais Pothier (*loc. cit.*) rejette cette distinction, et M. Coin-Delisle,

[1] L. 30 et l. 73, *in princip.*, ff., *ad leg. Falcid.*

[2] Lebrun, liv. II, ch. 3, sect. 5, nos 2 à 6; Pothier, contr. d'orl. intr. au tit. 15, n° 82; Roussille, t. I, p. 122; Bergier sur Ricard, t. I, p. 724, éd. de 1783; Merlin, rép., v° *Légit.*, sect. 8, § 2, art. 2, question 2, nos 2 et 5; Coin-Delisle, nos 27 et 28, *ad not.*

dans sa note sur le n° 28, p. 166, nous dit assez comment il faut s'en défendre.

7. Du reste, avant de compléter ce qui justifie cette dernière proposition, qui achève elle-même la solution de notre difficulté, revenons d'abord à l'auteur que Furgole nous dit être le plus explicite, le plus exact de tous :

Lorsque Boullenois est entré dans cette question 7e, où il a posé pour règle que c'était le moment du décès qui devait être consulté, mais où aussi il a notablement érigé une exception pour les cas fortuits, comment, dans quels termes a-t-il précisé sa règle? En première ligne, comme nous l'avons vu, c'est *le fait du démettant* qui attire son attention (p. 168). Puis, pour savoir s'il y a avec la loi du décès cette conformité qu'il a réservée, qu'est-ce qu'il compare avec cette loi? Sont-ce des accidents étrangers au démettant, aux autres parties, à l'une d'elles? Non, c'est *l'opération de l'homme* (p. 169). Puis encore, venant au but, venant au cas où la légitime est blessée, à quelle cause fait-il remonter la recherche des irrégularités qui la blessent? *Au père qui les a faites* (*ibid.*). Puis enfin, citant à l'appui un article de la coutume du Bourbonnais, qui touche également au cas où l'un des enfants co-partagés possède moins qu'il ne devait avoir, où dit-il que cet article va s'en prendre? Là où s'en est pris, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, notre article 1079, *au partage* : « Sinon que, *par ledit partage*, leur » fût advenu moins (*ibid.*). »

Venant à un autre cas fortuit, qui n'est plus celui d'une perte pour le démissionnaire, mais bien, comme dans l'ordre des idées que nous poursuivons ici, à celui d'un bénéfice, il examine (p. 309 et suiv.) si, la révocation ayant lieu, le démissionnaire doit rendre au démettant le trésor par lui trouvé dans les biens donnés? Et, se fondant sur la négative, qui est décidée au profit de l'acquéreur à pacte de rachat, tel est aussi, dit-il, le droit de dominité dont le démissionnaire est jusque-là nanti, qu'il est fondé à retenir le trésor.

Au surplus, est-ce donc que tout ceci ne tient pas à une idée fort simple, qui n'est que bon sens et équité? S'il est vrai que, par dérogation aux lois ordinaires, les copartageants qui se plaignent n'aient aucun besoin d'alléguer la violence ou le dol, et qu'ils soient admis à se prévaloir de l'erreur toute seule, n'est-il pas également vrai que cette erreur doit du moins être

imputable *à quelqu'un;* que du moins encore les plaignants doivent pouvoir dire qu'elle est venue *d'eux-mêmes?* Or, ce qui n'est que le produit d'un accident, d'une force majeure, a-t-il rien de commun avec l'imprudence, avec la négligence qui, comme dans les quasi-contrats, devraient pour le moins être reprochables à l'auteur du partage? A-t-il rien de commun avec les défaillances de leurs propres calculs, appréciés dans le moment où il les ont faits? Et l'équité en cela se récrie-t-elle pour eux? Et la conscience du juge, en cela encore, a-t-elle d'autre règle que l'équité? V. L., 7, ff., *De in integr. restit.*, et Domat, lois civ., liv. IV, tit. 6. n° 4, *De rescis.*

8. Est-il besoin d'ajouter que ce qui est vrai des démissions révocables est plus vrai encore de nos donations, exemptes qu'elles demeurent toujours, quant aux accidents, de cette subordination systématique à la loi du décès? Car, d'un côté, les démissions étaient, comme nous le verrons plus loin, une imitation tellement logique et complète de la succession que, sauf quelques exceptions rares, elles en étaient une dépendance servile. Et néanmoins, d'un autre côté, voici ce qui a été dit par Chabot de celles qui, comme nos donations, étaient irrévocables : « Ce n'est pas la loi existante au décès du démettant » qui règle la matière des rapports, mais toujours la loi en vi- » gueur au moment où la disposition a été faite [1]. » C'est ce que dit aussi le décret interprétatif du 18 nivôse an II. Nonobstant la rétroactivité de la loi du 17 nivôse, il les laisse ce qu'elles étaient *lors de leur confection.*

9. Maintenant, départons-nous de ces autres généralités que nous venons d'invoquer à l'appui des solutions spéciales ci-dessus constatées chez les anciens, chez Merlin et M. Coin-Delisle. Entrons de plus en plus dans ce qui est directement applicable au sujet :

1° Nous avons dit, tout à l'heure, qu'il avait existé un article de la coutume du Bourbonnais, portant que c'est *dans le partage* qu'on doit tout voir. Plus haut (n° 6 du § 1), nous avons

[1] Quest. transit., v^is *Démis. de biens*, § 3, p. 161 ; — *id.* v° *Donat.*, § 3, et v° *Reduct.*, § 2. — Notre tribunal d'Agen, prenant aussi argument de l'irrévocabilité, dit (*ub. supr.*) : « Il serait contradictoire de soumettre en » même temps le sort d'un tel acte aux éventualités de l'augmentation ou de » la diminution des biens. Il faut donc, pour vérifier la lésion, se reporter » au temps du partage et non au temps du décès. »

fait remarquer que tel était aussi le sens du texte de notre article 1079. Ici, nous devons corroborer cet aperçu et ce rapprochement. — Lorsque cette partie de notre Code fut préparée pour être ensuite soumise aux discussions du Conseil d'État, il y avait deux projets qui touchaient à notre question : celui de Jacqueminot et celui de la commission du gouvernement. Or dans ces deux projets on lisait : « Le partage ne pourra être » attaqué que... *s'il* contient lésion, etc.[1]. » A ce point, c'était bien assez dire, comme l'a fait le texte définitif, que tout gisait dans le partage, non ailleurs; et il était ajouté : « Si on y a » déclaré un avantage, le préciput sera déduit sur le patrimoine » du donateur, et..... la lésion ne sera calculée que *eu égard au* » *partage du surplus des biens*[2]. » Donc, ce calcul ne devait pas comprendre ce qui devait survenir *après* le partage.

2° Il est vrai que ces projets subirent une élaboration nouvelle. Mais d'abord, ce ne fut que pour savoir s'il fallait exclure de cet acte les dispositions par préciput; que pour s'occuper ainsi uniquement de la lésion de plus du quart, et toujours sans détourner *du partage lui-même* les appréciations qu'il y aurait à faire[3]. Enfin, ce ne fut, comme le résuma si bien Jaubert, que « pour prévenir les avantages excessifs qui » pourraient avoir lieu par la réunion de la quotité disponible » à un excédent de partage dans les autres biens[4]. » Et ainsi, à part la concision, c'est la même pensée que dans les deux projets.

2° Lorsque le donataire n'est pas encore devenu par le partage *maître définitif* d'un immeuble qu'il a pourtant sous sa main, à qui profite la plus-value accidentelle, par exemple celle provenant d'un alluvion, d'un atterrissement, de l'ouverture d'une route, etc.? Ainsi que nous venons de le voir, d'après l'unanimité des auteurs, elle profite, non à lui, mais à la succession. Ajoutons ici qu'il en est de même, et sans difficulté, sous notre pratique actuelle[5]. Pourquoi ce bénéfice à la succession seulement? Parce que c'est elle qui, en attendant le règlement entre tous, *est seule maîtresse*; parce que, s'il y avait

[1] Fenet, 1, 389, 390; — *ib.* 2, 296, 297.
[2] Fenet, *ib.*
[3] Fenet, 12, 408.
[4] Fenet, 410 à 412 et 618.
[5] M. Gilbert, n° 26 sous l'article 922.

eu perte, c'eût été elle seule qui en eût souffert; enfin parce que, comme nous l'avons ci-dessus posé en principe, perte et bénéfice sont deux corrélatifs inséparables.

3° Par des raisons particulières il a fallu décider qu'un donataire de meubles en demeurerait le maître définitif dès le jour de la donation. Par suite, il a fallu décider aussi que, contrairement à ce qu'il en est pour les immeubles, leur rapport à la masse doit se faire suivant leur valeur à l'époque de la donation. Pour les meubles ordinaires, cela est, disons-nous, ainsi; car ils ne sont pas censés pouvoir augmenter de valeur. Aussi, quant à eux, rien qui suscite notre question. Mais pour les meubles incorporels (les rentes sur l'État ou sur particuliers, les actions sur certaines compagnies)? Entre la donation et le décès, elles peuvent notablement augmenter, notablement diminuer. Pour qui le profit? pour qui la perte? Est-ce pour le donataire? est-ce pour la succession? Là-dessus grande divergence parmi les auteurs [1]. Mais prenons garde : elle consiste uniquement à savoir si ces choses-là sont véritablement meubles? Suivant qu'elles sont ou non tenues pour telles, on leur applique la valeur de la donation ou celle du décès. Quoi qu'il en soit (et tout est là pour nous), leur augmentation comme leur diminution de valeur est pour celui qu'on en reconnaît *le maître*.

4° Même dissidence, et sous mêmes points de vue, pour l'argent comptant [2]. Mais ce qui est positif là-dessus, c'est la loi du 16 nivôse an VI sur les désordres produits par la baisse du papier-monnaie. Là, en effet, il y eut à régler des intérêts assez divers et assez nombreux : les prix de vente, de licitation, de soulte, les actions en *lésion;* les constitutions et restitutions de dot, les douaires, augments, contre-augments, et autres reprises matrimoniales; les remplois et les bénéfices en résultant; les achats et ventes de fonds sociaux entre associés; les engagements commerciaux, les dettes pour compte. Eh bien! ce furent toujours deux mêmes choses qui demeurèrent en vue : *l'époque des actes ou la saisine* chez ceux qui devaient gagner ou perdre.

[1] M. Gilbert, not. 2 et 3, sous l'article 868. Toutefois, il ne faut pas tenir compte d'un arrêt de Bordeaux, qu'il rapporte sous l'article 922, n° 30. Il ne s'agissait que d'un *legs*, et, d'un autre côté, que d'un partage *après décès*.

[2] Sir.-Vill.-Tabl., v^le rapp. à succ., n° 166.

5° Il n'est assurément pas de plainte en lésion qui motive une bienveillance plus empressée que celle du mineur. Cependant, si elle ne résulte *que d'un événement casuel ou imprévu*, qu'advient-il? Elle lui est, en général, déniée (art. 1306). Et, au cas spécial d'un partage d'ascendant, le sera-t-elle moins? Voyons. Il aura figuré dans un de ces actes comme donataire. Soit son père, soit sa mère y auront accepté pour lui [1]. En tout cas, on se sera plus ou moins muni des formalités requises [2]; et ce sera dans des circonstances telles que, d'après la jurisprudence, il ne pourra en être relevé qu'autant qu'il aura été lésé [3]. Il aura pris son lot en nature ou il l'aura vendu; et, quelque temps plus tard, le lot de son frère aura, par un hasard prospère à celui-ci, augmenté de valeur, ou bien il en sera de même du lot vendu. Or, pourra-t-il se dire lésé? Non, on lui opposerait péremptoirement l'article 1306. Or encore, dans le même cas, doit-il en être différemment lorsque celui qui allègue la lésion est, non plus un mineur, mais un majeur?

10° Mais l'article 922! Il est si formel! Quant à la réduction, du moins, c'est la valeur du décès qu'il stipule. — Oui, il est très-formel. C'est bien, en effet, cette valeur-là. Nous conviendrions même, s'il pouvait en être besoin, que, sur la ligne et au degré où cet article s'est produit, rien n'est plus juste.

Mais sous quel aspect en est-il ainsi? A défaut de ceux qui ont omis d'en fixer la portée en le posant dans notre Code, M. Coin-Delisle a rappelé (n° 24) sous cet article, ce qu'avaient dit autrefois Ricard, Pothier, Merlin, et nous a de cette sorte appris à en connaître la raison, à le bien apprécier. La seule chose qu'il ait voulue, c'est ce qu'on a voulu de tous les temps : c'est que la succession, étant le point de rendez-vous pour toutes les légitimes espérances des enfants sur les biens de leurs pères et mères, fût aussi le point où doit se retrouver tout ce dont ceux-ci ont fait avance envers l'un ou plusieurs d'entre eux. Et comme, si rien n'en avait été détaché, tout y serait lors du décès, *avec sa valeur d'alors*, il a été infiniment naturel de dire aux détenteurs de ces avances : « rapportez. » Mais ce n'est pas tout : laissez calculer vos rapports, réels ou

[1] M. Dalloz, *loc. cit.*, n°s 4528 à 4531.
[2] Boullenois, p. 42 à 45.
[3] M. Gilbert, sous l'article 1305, notes 1 à 4.

» fictifs, suivant la valeur d'aujourd'hui. Car, s'il a été bon de » vous en livrer les revenus et les profits tant que vos bienfai- » teurs ont vécu, il ne l'est pas que, lors du moment définitif, » vos cohéritiers soient privés de ce que, sans vous, ils y au- » raient trouvé en surplus. En un mot, *que la donation à vous* » *faite*, pour vous accommoder pendant un laps de temps per- » mis, *ne porte point préjudice à la succession*, où se sont éteints » les droits de ceux-là même qui vous ont provisoirement ac- » commodés. »

Encore une fois, est il rien qui soit plus juste?

Mais, lorsqu'il y a eu *simultanément* donation *à tous* et partage *entre tous*, est-ce le cas de raisonner de même? Si, les lotissements ayant été faits en nature, chacun d'eux a également ou proportionnellement augmenté de valeur vénale, où est le préjudice pour quiconque *dans la succession?* Si, au même cas de lotissements en nature, l'un ou quelques-uns d'eux ont augmenté aussi sous ce même rapport, tandis que les autres sont restés au niveau primitif, n'y a-t-il pas du moins eu, à partir du même jour, même chance pour ceux-ci? Et dès lors où est donc *ce fait volontaire*, où est *cette faveur spéciale* qui, dans la donation individuelle, se traduisent pour quelques-uns en un préjudice digne d'expiation? Si enfin, au cas où, soit un soit plusieurs, ne sont lotis qu'en argent, le détenteur des fonds de terre y trouve ultérieurement cette augmentation dont s'agit, n'est-il pas vrai que, en devenant propriétaire de la part qui serait autrement revenue aux autres, c'est contre lui seul que la chance opposée a couru? N'est-il pas vrai que les autres en ont ainsi été préservés? N'est-il pas enfin vrai qu'une telle situation est bien différente de celle qui serait faite *à la succession* par un avancement d'hoirie isolé, où la chance du gain, si on la laissait se réaliser, demeurerait entièrement gratuite? Dans les trois cas, n'est-il pas reconnu, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que l'article 883 est encore ici applicable (M. Dalloz, *ub. supr.* n° 4565); qu'ainsi chacun est censé avoir succédé seul et immédiatement aux objets compris dans son lot? Cela étant, y a-t-il, peut-il y avoir, *quant à tout ce qui est survenu depuis le partage*, aucun compte à se rendre, d'un lot à l'autre? Est-ce que, dans cette mesure, ils ne sont pas réciproquement étrangers les uns envers les autres? Et dès lors comment pourrait-on dire que l'augmentation fortuitement advenue

à l'un d'eux constitue, si elle y reste acquise, un préjudice *pour la succession*, même un préjudice *pour le partage?*.....

Ce qui fait difficulté ici, ce ne peut donc être, comme on le voit, l'esprit de la loi : c'est son texte. Dans ce texte, ce n'est pas même l'article 922 qui la suscite, soit qu'on le prenne isolément, soit qu'on le combine avec le groupe de ceux qui composent la section précédente et la sienne. En effet, qu'on veuille bien, d'abord, se reporter à l'article 866 du titre *des successions*, qui est certes bien en dehors de tout ce qui concerne *les rescisions* ou *les réductions des donations entre-vifs*; et c'est là, si nous pouvons ainsi parler, qu'on verra la pierre d'attente sur laquelle s'est continué plus tard tout ce qui a été édifié, depuis et compris l'article 913 jusques et y compris l'article 923. Qu'on veuille bien encore étudier avec attention tout ce qui constitue l'organisme de cet enchaînement; et l'on conviendra bientôt qu'il n'y est cas que de donations distinctes par les personnes, distinctes par les dates, en vue d'un partage *à faire*, selon l'analytique expression de Merlin; qu'il n'y a pas la moindre allusion, la moindre tendance vers les donations collectives, vers les partages *faits*, vers l'annulation ou le redressement de leurs excès.

Ce qui donc est l'unique cause des dissidences, c'est la combinaison de l'article 1076 avec cet article 922; combinaison commandée, a-t-on dit, et d'où s'infère que, pour les donations suivies de partage, il faut également l'appliquer. Mais, comme l'a fait observer M. Coin-Delisle (*ub. supr.*), ce n'est qu'une simple loi de procédure. Et l'on doit se rappeler, ajoute-t-il, que » si les lois réglementaires se rencontrent quelquefois en opposi- » tion avec le fond du droit qu'elles sont destinées à mettre en » action, il faut en conclure *qu'elles n'ont été émises que pour* » *les cas ordinaires.* » Or, ici d'un côté, le fond du droit avec lequel cet article 922 se rencontre en opposition, c'est celui de pouvoir pratiquer ce qu'il rendrait impraticable; et les cas ordinaires, ce sont seulement ceux des donations en avancement d'hoirie. D'après ce que nous venons de voir, nul ne saurait le contester.

D'autre part, comme nous l'avons pareillement vu dans les préliminaires de la présente discussion, il n'est point permis à des hommes qui professent pour la loi la seule obéissance qu'elle permette elle-même, c'est-à-dire *l'obéissance raisonna-*

ble, d'admettre ce qui, par le rappel d'un grand nombre de textes à un seul[1], par la traduction de toutes les spécialités dans une généralité, devient nécessairement fautif en quelque point et heurte la raison dont cette loi s'inspire. Or, nous venons de voir, sous le seul aspect de sa logique, ce qu'elle a voulu, ce qu'elle n'a pu vouloir; et, plus haut aussi, nous avons même constaté que la direction qu'on lui donne va contre son sens moral.

11. Quant aux arrêts, et quant aux auteurs modernes qui ont parlé au même traité de la question, ils ne l'ont pas envisagée au point de vue que nous venons de parcourir, excepté, du moins à notre connaissance, M. Coin-Delisle, qui a indiqué le point décisif. Par-là, nous n'avons rien a y répondre ici.

2e QUESTION.

Alors même que la valeur vénale ne dût pas être considérée comme exclue des règles ordinaires, qu'elle dût ainsi rester confondue avec les autres éléments d'estimation, ne serions-nous pas reconduits au résultat ci-dessus en reconnaissant que cette estimation doit se faire suivant l'époque du partage, et non suivant celle du décès ?

SECTION I.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

1. En présence des dangers que nous paraissent contenir nos décisions nouvelles, l'étude spéciale où nous sommes entré nous fait, ce nous semble, un devoir d'examiner subsidiairement la question qui vient d'être posée. Et, nous l'espérons, on voudra bien, même par avance, ne voir en ceci, de notre part, ni confiance présomptueuse, ni manquement aux respects que nous tenons à honneur d'observer.

2. Si, comme nous croyons l'avoir montré, il y a, dans le système embrassé par M. Dalloz, un concours d'inacceptables conséquences, accompagnées d'une solution en termes indécis,

[1] Capacité de toutes parts (901 à 906). — Devant notaire (931). — Acceptation (932). — Irrévocabilité (894). — Biens présents (*id.* et 943). — Conditions (944). — Dettes (945). — État estimatif (948). — Réserves (946). — Transcription (939), etc., etc. Au fond, les rapports, les partages avec leurs accidents, leurs suites, etc., etc. Comment, en un seul article, dire tout sans dire trop ?...

il y a en outre, parmi les causes d'où provient ce système, certains points qui communiquent à nos premiers aperçus un poids nouveau.

3. D'abord, il semble que l'on s'évertue en rigueurs vis-à-vis des uns, pour se répandre en faveurs vis-à-vis des autres. Tandis, en effet, que l'on transporte, et avec raison, au chapitre des partages d'ascendants les articles 826 et 832, on ne veut pas y transporter de même l'article 890, qui est sous le même chapitre que ces articles, qui se lie intimement avec eux, qui doit dès lors avoir apparemment des propriétés de pareille espèce. Et dans quel but? Pour y supplanter un principe qui limite au moins l'incertitude par un principe qui la fait devenir indéfinie. Par quel moyen? En y introduisant l'article 922, qui non-seulement est étranger au chapitre des partages, mais qui encore est classé aussi, non moins que nos articles 1075 et suivants, sous un titre tout autre!..... Il est vrai que l'on pense justifier, d'une part, cet emprunt, et, d'autre part, ce refus en faisant une distinction entre les règles qui tiennent *essentiellement* à la nature des partages et celles qui n'y tiennent pas essentiellement. Mais, au dire même de nos anciens, qui certes exerçaient autant que nous leur sagacité dans le droit, il est souvent bien difficile de distinguer ce qui n'est que de simple formalité et *cérémonie légale* d'avec ce qui est de la substance de l'acte (Boullenois, p. 142); et la loi romaine, au lieu de jeter ainsi le jurisconsulte ou le magistrat dans une vague métaphysique, tenait un langage plus sûr : elle voulait *tout ce qui tendait à une même utilité* (L. 12, ff., *De legib.*). Or, il nous paraît que l'article 890 est, dans un cas comme dans l'autre, c'est-à-dire là où il figure et là nous désirons étendre son influence, utile pour la stabilité, utile contre les craintes sans limite, contre les surprises. Puis, à quoi donc saurions-nous reconnaître qu'une règle générale d'utilité *entre individus* fût plus essentielle à cet acte qu'une autre règle tout aussi générale de sécurité pour *l'ordre public?*

En même temps qu'on introduit ainsi l'article 922, on ne veut pas accueillir l'article 918 (Dall. n° 4634), qui pourtant est si voisin de lui et, de plus, rangé sous le même ordre d'idées. A la vérité, on répond (*ibid. in fin.*) que « ce serait » rendre illusoire le recours à l'article 1079, les partages » dont s'agit ne pouvant avoir lieu sans le concours des co-

» partagés. » Mais, en laissant à part l'examen de cette raison et des tempéraments qui pourraient lui ôter sa valeur; en laissant aussi à part le regret qu'inspire pour les ascendants vieux et pauvres la privation de ce moyen, qui quelquefois est le seul pour leur assurer du pain, n'est-il pas tout aussi rationnel, tout aussi sacré, de ne pas rendre illusoires les hautes considérations d'ordre social, où il est prescrit d'écarter tout ce qui amoindrit la facilité de ces sortes d'actes?

Disons-le avec M. Dalloz, comme une autre fois déjà nous l'avons dit avec lui (*Revue* de mars et avril) : ce qu'il y a sous ces allures embarrassées, est, toutefois, plus particulièrement à l'adresse des partages qui portent inégalité. C'est quelque chose qui se ressent encore, bien que dès longtemps sans motifs, de cette guerre que suscita certain jour parmi nous certain projet de loi d'aînesse. C'est un feu qui survit à son aliment. Mais des préciputs, tels que notre Code les a réglés et qui sont bien autre chose que ce droit, il faut que l'on prenne son parti. Ce ne sont pas des priviléges. Sauf quelques exceptions bien rares, il ne sont que justice. « Bien loin d'avoir à encourir l'odieux » d'un droit aristocratique, disait Portalis (Fenet, 12-258), ils » ne sont tout précisément qu'une des *nécessités* des classes in- » férieures, qu'un devoir *de la plus vulgaire équité* entre l'en- » fant resté le compagnon des travaux du père et les autres en- » fants, qui vont pousser leur fortune dans les villes, au service » d'autrui, partout, dans des industries lucratives où qu'elles » soient, et toujours sans bénéfice aucun pour la maison. »

4. Ensuite, ce sont certaines propositions, que déjà nous avons fait entrevoir, dont nous avons à dire ici qu'elles nous paraissent contradictoires entre elles, et qui, vu leurs conséquences, ont besoin d'être, encore ici, plus particulièrement relevées.

Ainsi (n° 4608), on n'accepte qu'une masse unique, dont les éléments derniers détermineraient le remaniement des premiers, et (n° 4562), il est dit : « Si, à sa mort, le disposant » laisse des objets qui n'ont pas été compris dans sa répartition, cette omission ne donne lieu qu'à un supplément de » partage; et dans ce supplément il ne faut pas faire entrer, » par voie de rapport, les biens compris dans le premier, » comme d'ailleurs l'enseigne M. Troplong. Ce sont là deux » opérations..... QUI DOIVENT ÊTRE ESSENTIELLEMENT DISTINCTES. »

Ainsi (n° 4603), on nivelle les partages d'ascendants au dé-

gré des simples avancements d'hoirie. Bien plus : on les efface du rang des actes entre-vifs les plus inférieurs; on les fait descendre à celui des partages *purement testamentaires*. Et quelques paragraphes plus haut (n° 4569), s'occupant de ceux faits entre-vifs, on dit : « Si le législateur n'avait vu, dans les lots » copartagés, que des avancements d'hoirie, il ne se fût pas » servi, pour les qualifier, du mot *partage*,..... qui n'eût été » QU'UN LEURRE. »

5. A ce résidu analytique de tout le système, dont le produit le plus étendu est, encore une fois, celui des simples dons en avancement d'hoirie, et cela pour admettre ici l'article 922, nous pourrions, tout en signalant certains autres passages qui nous paraissent faire aussi antinomie, ajouter personnellement quelques réponses :

Quant à la comparaison faite avec les partages testamentaires, notre première impulsion a été, nous l'avouons, de ne pas même l'examiner et, seulement, de la constater, cette constatation nous autorisant à jeter, dès l'abord, sur l'ensemble des idées que nous combattons, une inculpation générale, qui est d'avoir confondu les principes. Cependant, il est juste de le reconnaître : c'est là une lueur, mais une lueur imparfaitement saisie, de certaines dispositions qui ont eu cours autrefois. En droit romain, dans les parlements de droit écrit, après même l'ordonnance de 1735, (art. 16 et suivants) les partages d'ascendants ne se pratiquaient que par voie testamentaire. Bien plus : ils pouvaient avoir lieu sans recourir à l'institution. C'était, autrement dit, un acte *ab intestat, un jugement de famille* (Furgole, ch. 2, sect. 1, n° 48; ch. 8, sect. 1, n°s 142, 143, 144, 145). En pays de coutume, on avait bien, en général, le dessaisissement actuel, comme condition inhérente et même préalable à ce partage. Et pourtant, dans quelques-uns, notamment en Bourbonnais, en Nivernais, on se contentait, *sans passer jusqu'à la démission*, de faire un partage dont l'exécution était remise jusqu'après le décès (Boullen., p. 28). — A ces termes, tout pour après le décès, rien n'étant transmis pour l'actuel. Mais aujourd'hui, est-ce donc cela? Aujourd'hui, comme dans les coutumes, où l'on opérait complétement, il y a d'abord la démission, puis le partage; en Nivernais, en Bourbonnais, en droit écrit, il n'y avait aucune exécution antérieure au décès, ni parfaite, ni même commencée. Ici, il y a un partage *exécuté*

et *consommé du vivant du démettant* (Revoir Boullenois, *ub. supr.*).

Quant à l'autre comparaison faite avec les avancements d'hoirie, nous pourrions rappeler ce qui a été dit aussi par nos anciens : « Ce sont des donations singulières et un simple avant-» goût de quelques biens seulement d'une succession future » (*ad singulos collata et prima quædam futuræ successionis li-» bamina*). Tandis que les démissions de biens sont de l'uni-» versalité, sont un abandonnement plein, complet et entier » par anticipation..... Dans les donations singulières, il se fait » un payement *à compte;* dans les démissions, un payement » *entier* d'une succession, bien que non encore échue (Boullen., » p. 25) [1]. »

6. Nous pourrions dire enfin :

Si nos donations portant partage ne valent que comme dispositions testamentaires; si, par conséquent, et ainsi qu'on l'a prétendu, elles n'ont l'effet d'un partage qu'après le décès, pourquoi donc l'article 1078 ne se borne-t-il pas à exiger, pour l'enfant qui aurait été omis, que chacun subisse *alors* un retranchement proportionnel? Et pourquoi, au contraire, prononce-t-il la nullité d'un acte qui, jusque-là, ne devait servir que comme testament, ou, tout au plus, comme simple provisoire? Lorsque, de provisoire qu'elle était, une chose quelconque devient définitive, s'est-on jamais mis en idée de l'annuler autrement qu'en prenant acte de la volonté du temps tout seul, qui a fait qu'elle s'est éteinte dans le passé?

Si, quant aux avancements d'hoirie, ceci ne constitue pas une différence, pourquoi donc, au cas où l'on veut attaquer un pareil *à compte*, exigez-vous une action en nullité, ou en rescision, ou en réduction, avant la dixième année accomplie, au lieu d'une action pure et simple en pétition d'hérédité, qui durerait trente ans, et qui se résoudrait en une chose hors de tout litige, c'est-à-dire en un pacifique rapport à la masse successorale?

Alors que le simple donataire ne peut se refuser à ce rapport ni au partage, pourquoi donc autorisez-vous le copartagé dont nous nous occupons ici à puiser dans la saisine que lui con-

[1] Le second trait de cette différence ressortira encore des développements qui suivront.

fère cet acte une fin de non-recevoir contre toute demande en partage nouveau, du moins quant aux biens partagés (nº 4562)?

Alors que le simple donataire venant à partage, et y demandant que sa part soit fixée, a le droit de se la faire allouer en nature (art. 826), pourquoi donc éconduisez-vous, moyennant finance, l'article 891 en main, le copartagé qui vient, se plaignant de lésion, réclamer aussi que sa part lui soit faite (Marcadé, sous l'art. 1079)?

Pourquoi mettez-vous à la charge de la masse commune l'immeuble qui périt par cas fortuit dans les mains du simple donataire (art. 855)? Et pour quoi, le même cas advenant, mettez-vous pareille perte à la seule charge de celui qui a reçu l'immeuble en partage d'ascendants (nºs 4565, 4569)?

Mais M. Dalloz a, par un seul mot, répondu pour nous : LA LOI N'EST PAS UN LEURRE.

7. Ces autres préliminaires ainsi posés, reprenons les bases qu'il s'est données, et, pour réfuter toute son argumentation, reproduisons en sens inverse la proposition complexe qu'il a émise :

« Si on a pu agir, dirons-nous, *dès le jour de l'acte portant* » *partage*, on ne doit consulter que le droit qui s'est formé » alors. »

Sans doute, c'est par le décès de son auteur que chacun recueille, grâce à la sollicitude de la loi, *la plus entière part* du droit auquel il puisse prétendre; et jusque-là on est tout naturellement induit à attendre l'époque de ce décès pour lui faire rendre les choses ou les quantités qui, suivant cette même loi, lui ont été injustement retenues en profitant à d'autres.

Sans doute encore, nous n'avons, nous ne pouvons avoir d'autres héritiers que ceux qui nous sont donnés par le sang ou par notre propre volonté testamentaire; et même, pour aucun d'eux, il n'y a point, tant que nous vivons, *d'hérédité* proprement dite.

Mais, s'il ne s'agit pas d'hérédité; s'il ne s'agit que d'un droit conféré auparavant; si la mise en action de ce droit est considérée au seul point de vue de la portée qu'il possède avant le décès; si enfin il a été constitué avec un caractère véritablement exceptionnel, qu'est-il besoin de ces principes, d'ailleurs incontestables?

Est-il besoin d'autre chose que de savoir, encore une fois, en quoi consiste et où peut aboutir ce droit établi entre-vifs?

Eh bien! n'est-ce pas du jour de l'acte portant partage qu'il y a, dans l'intérêt général et dans celui de toutes parties, un puissant motif d'agir? N'est-ce pas de ce même jour que se présente la possibilité de cette action?

SECTION II.

INTÉRÊTS DE TOUT ORDRE. — QUALITÉ ACTUELLE. — DROIT D'AGIR. — PRÉCISIONS COMPLÉMENTAIRES.

ARTICLE 1. — Intérêts de tout ordre.

Déclarer l'action ouverte et par conséquent prescriptible dès le moment de l'acte, ce n'est pas seulement l'intérêt du défendeur et du public : c'est encore celui de la justice, celui du démettant, celui du demandeur lui-même.

Celui du défendeur et du public, nous l'avons ci-dessus rappelé.

Celui de la justice. — Il est d'expérience constante que, au nombre des questions soulevées par les instances en lésion, quelques-unes ont indispensablement besoin d'éclaircissement pris chez les père et mère, aucun des enfants, pas même le défendeur, n'ayant songé à s'en enquérir d'avance, ou du moins ne possédant pas avec assez de suite les détails servant à conduire aux faits décisifs. Ainsi pour l'état antérieur des biens, appréciés selon leur culture et surtout selon leur rendement. Ainsi lorsque, pour économiser vis à vis du fisc (ce qui arrive dans chaque affaire), on a couvert d'un absolu silence des dettes contractées ou des acquisitions faites vis-à-vis des tiers, et que le principal lot en a été secrètement chargé. Ainsi diverses autres choses encore, dont la trace est effacée, mais qui, au moyen des précédents détenteurs vivants, peuvent être révélées, expliquées à celui qui est tenu de se défendre.

Celui du démettant. — Survienne, en effet, pendant sa vie, la découverte d'une cause de réclamation, d'une disparate tant soit peu choquante entre les promesses et les réalités de l'acte, voilà, chez celui qui en souffre ou qui prétend en souffrir, un ferment de discorde! Pour peu que la bonne volonté (chose si rare!) ne se prête pas à une rectification amiable et que l'exis-

tence du donateur soit ainsi un obstacle à la rectification judiciaire, voilà cet élément de trouble qui s'irrite et qui grandit à mesure que persiste l'obstacle! Voilà le malheureux vieillard ballotté entre son erreur et sa conscience, entre celui qui se plaint et celui qui résiste à la plainte; maudit d'un côté et réduit même à entendre les malédictions dont il est l'objet; quelquefois abandonné de l'autre et réduit aussi à subir sur ce premier amas de douleurs celui de l'ingratitude qui lui est jetée! Or, pourquoi chez lui ce reste d'existence, déjà triste, ainsi brisé? Parce que, tant qu'il vivra, il n'y aurait pour lui ni pour ceux qui l'entourent aucune justice humaine!

L'intérêt du demandeur lui-même. — Et en effet, avec son acte, dûment transcrit, avec sa seule qualité de donataire, il n'a de dettes à payer que sa part dans celles existantes lors de la donation. Mais si, pour revendiquer ce qui lui manque, il lui faut se prévaloir de légitime ou de réserve, il lui faut aussi, et en même temps, revêtir le titre *d'héritier*. Or, ce titre d'héritier implique, on le sait, l'obligation de satisfaire, s'il en existe, aux dettes subséquentes : ce qui peut souvent arriver, pour peu que le donateur ait conservé de crédit, pour peu qu'il se soit encore ingéré dans quelque affaire, soit au moyen des ressources qu'il aura stipulées, soit au moyen de quelque accident heureux dès le principe; ce qui peut même arriver par suite de ses délits ou de ses quasi-délits. Et alors quel parti prendre? Pour retirer ce qui manque, ira-t-il se résoudre à perdre autant et peut-être plus que ce qu'il aura à retirer? Pour ne pas s'assujetir à un pareil danger, renoncera-t-il à ce qui manque? Grand embarras, qui s'augmente du sentiment que laisse, en même temps, le spectacle de la position gardée par le défendeur! En possession qu'il est, celui-ci n'a rien à ajouter, encore moins à innover. De légitime, de réserve, de titre héréditaire, quel besoin? Celui de donataire est là et lui suffit au pétitoire. Il a aussi fait transcrire. Dès lors, que lui importent les dettes nouvelles? Et il se rit impunément de l'autre qui, pour avoir omis d'user de son titre le plus clair, se débat dans l'impuissance!...

En somme, le système contraire est donc celui qui met, du même coup, toute sorte d'intérêts en souffrance. Et pourquoi? Pour ménager un droit qui, en définitive, peut rester sans objet.

Encore s'il n'était pas possible, pour la voie rationnelle qui

vient d'être indiquée, de trouver dans la loi un concours positif!

Article 2. — Qualité actuelle.

§ 1. — *Données indirectes.*

1. Au cas d'une promesse d'égalité, il y a, tout aussi bien qu'en celui dont nous nous occupons ici, une désignation finale sur la succession. Mais, comme ici encore, il y a, pour régler les droits à cette succession, autre chose que la loi, bien que la loi eût dit de même : c'est un contrat dès à présent signé. Or, pour en obtenir l'exécution, est-ce à la qualité d'héritier qu'on devra recourir? Non; c'est à celle que donne le contrat tout seul (Dall., *loc., cit.*, n° 4456); à celle qui, considérée en elle-même, présente ainsi une existence distincte, suffisante.

2. Entre individus qui ne sont pas successibles du disposant, qui dès lors n'ont lieu d'invoquer en rien *ce droit héréditaire*, il peut y avoir, comme conséquence de l'article 967, des partages de présuccession. De tels partages n'ont pas, il est vrai, tous les attributs de ceux que font les Ascendants. Mais, comme de raison, ils aboutissent aux règles générales de toutes les dispositions contractuelles (Dall., n° 4552). Or, comme le dit cet auteur avec les nombreuses autorités qu'il indique, on ne peut, sans doute, en ce cas, annuler pour omission d'un autre parent au même degré; on ne peut rescinder pour avantage excessif, lorsque d'ailleurs un pareil avantage a été ou paru être dans l'intention du disposant. Mais, devrait-il en être de même, si, *contrairement à cette intention bien exprimée dans l'acte*, l'un ou plusieurs des donataires se trouvaient avoir, par le fait, un quart de moins que cette intention ne porte? Delvincourt, dit encore le même auteur, prend pour base cette intention écrite dans l'acte, et prononce la rescision de ce qui en résultat y est contraire. Mais il admet, lui, que le résultat seul doit prévaloir (*ub. supr.*). Quant à nous, une distinction nous paraît là-dessus indispensable. Si l'on voit que la disposition contenant le résultat est un correctif de l'intention plus ou moins contraire qui précède, M. Dalloz a raison. Mais si la disposition exécutive n'a été qu'une erreur commise au détriment de l'intention, c'est l'avis de Delvincourt qui nous paraît le meilleur. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, en

effet, à tous ceux qui y ont concouru (art. 1134); et comme le dit d'ailleurs M. Dalloz lui-même (n° 4523), « chacune des parties » de l'acte doit être considérée comme la condition des autres. » Quelle est donc sa raison? « C'est que, dit-il, la lésion suppose » *un droit*; et que le collatéral ou l'étranger ne peut en avoir » d'autre que celui que le disposant ne juge pas à propos de lui » ôter. » Mais ce n'est là, on le voit, qu'une inversion d'idées. Il s'agit bien de ce que *le disposant* a pu vouloir avant l'acte! Il y a ce que veut l'acte : lui qui parle et répond pour le disposant; lui qui, comme l'a dit ailleurs M. Dalloz lui-même (n° 1697), *existe désormais indépendamment de la volonté de son auteur.*

3. Un autre cas où il n'est nul besoin du droit héréditaire et où le droit contractuel seul suffit, c'est celui où, après donation collective à lui faite, après partage, le successible renonce à la succession. Dans un jugement du Tribunal civil d'Agen (Sir. V, 58-2-461), cette proposition a été émise et appliquée. Dans sa note au bas d'un arrêt en sens contraire, émané de la Cour séante en la même ville (*ibid.*), M. Gilbert trouve que cet aperçu est très sérieux, péremptoire même, à tel point qu'il s'étonne de ce que la Cour, jugeant autrement, n'y eût pas répondu. Disons, en passant, que cette particularité, qui serait étrange en effet, s'explique par une autre particularité; c'est que le jugement et l'arrêt, bien que adressés par le même envoi à M. de Villeneuve, ne sont pas rendus, ainsi qu'on peut s'en convaincre, entre les mêmes parties; que par conséquent l'un n'a pas été soumis à l'autre; que leur envoi simultané a eu seulement pour motif de faire voir combien, à Agen, cette question était inquiétante; et que, d'un autre côté, M. Gilbert a très-naturellement pu faire cette petite méprise. En tout cas, son avis incline vers le nôtre, une fois le principe admis ; seulement il réserve que ce principe soit exact.

Or, voici comment Boullenois le propose et le justifie (p. 220 à 223); car Furgole s'est contenté d'y mettre son adhésion tacite et, tout simplement, de renvoyer à lui (Test. ch. 8, sect. 1, n° 189) :

« Je demande, dit-il, si les démissionnaires pourraient re- » noncer à la succession et ne pas s'immiscer dans les nouveaux » biens? Le doute vient de ce qu'il semble que, si la qualité de » démissionnaire ne fait pas, au moment de la démission, un » héritier, elle le désigne dans le futur; et il doit être tel dès

» l'instant du décès du démettant, s'il continue de jouir. Or, » *hæreditas pro parte adiri non potest.* D'ailleurs, il répugne » que, celui-ci étant démissionnaire, il y ait lieu à une vacance » de succession et à créer un Curateur.—Mais à cela on répond » que, si le démissionnaire était obligé d'accepter ces nouveaux » biens, il faudrait qu'il payât, non-seulement les dettes anté- » rieures à la démission, mais encore toutes les postérieures; » qu'ainsi le démettant aurait indirectement la liberté de char- » ger et hypothéquer les biens dont il se serait démis. Et cela » serait vrai, soit que la démission fût insinuée, soit qu'elle ne » le fût pas, parce que cette charge viendrait de la qualité d'hé- » ritier, qui assujettit à toutes les dettes indistinctement. Si » l'on répond que le bénéfice d'inventaire empêcherait la con- » fusion des nouveaux biens avec les biens démis, on convient » donc par là que *les démissionnaires ont, par rapport aux biens* » *démis, un droit actuel et formé,* que les créanciers ne sauraient » leur enlever. Et, si cela est, il n'y a pas difficulté de dire » *qu'ils pourraient renoncer à la succession du démettant pour* » *conserver ce droit formé.....* Il me paraît que c'est ici le véri- » table cas d'appliquer la note de Baudoin sur l'article 82 de » la coutume d'Artois : le démettant est réputé mort du jour de » la démission, et les biens qu'il peut avoir acquis depuis for- » ment, quant aux créanciers, une succession particulière, qui » n'a rien de commun avec la démission. »

Tout ceci, il est vrai, n'a été dit que respectivement aux créanciers. Mais pourquoi? Parce que, comme le fait très-bien observer l'auteur (p. 221, 2e alin.) « il n'y a que les créanciers » qui puissent se plaindre de la renonciation. »

Il est bien vrai encore que, suivant Coquille (quest. 244), la première objection ci-dessus, c'est-à-dire celle prise de la nécessité qu'il y aurait à rester héritier pour se maintenir dans les biens démis, serait une objection à examiner de près; car, dit cet auteur, parlant du démissionnaire, *quod capit capit ut hæres, et nisi hæres sit capere non potest.* Mais, dans un autre passage (p. 64) Boullenois y a répondu : Coquille, a-t-il fait observer, n'a eu en vue, lorsqu'il a dit cela, qu'un partage dont l'exécution ne doit avoir lieu qu'au décès; qu'un de ces partages qui, comme nous venons de le voir, étaient pratiqués en Nivernais et se faisaient *sans qu'il y eût démission.* N'y ayant pas de saisine contractuelle, la question de renonciation et, en même

temps, de rétention ne pouvait être, en effet, on le voit, ce qui occupait cet autre jurisconsulte.

Du reste, cette décision de Boullenois est confirmée et même corroborée par Merlin (*Quest. de Droit*, v^is *Démiss. de biens*, § 7).

Pothier, il est vrai, avait bien fait aussi une objection (*Append.*, *loc. cit.*, n° 15). Mais, d'abord, ce n'avait été qu'en vue des créanciers; ce qui reste en dehors de notre question. Puis il avait posé une exception pour le cas où il y aurait irrévocabilité (*ibid.*) : ce qui est le nôtre.

4. Aujourd'hui en serait-il autrement? Au contraire, l'art. 845 (tel du moins qu'on l'a interprété) fait surgir à ce sujet des résultats qui seraient bien plus étranges. Nous ne voulons rien introduire dans le présent débat qui tende seulement à rappeler ces autres anxiétés. Mais nous voulons puiser dans ce seul article la preuve que tout donataire (car il ne distingue pas) *peut renoncer à la succession du donateur en retenant le don à lui fait*; que dès lors le donataire copartagé le peut aussi, et même avec plus forte raison qu'un donataire en avancement d'hoirie. Cela étant, nous reprenons notre argument ci-dessus : le copartagé n'a pas besoin, pour faire judiciairement rectifier le partage à lui fait, d'attendre l'ouverture de la succession du donateur, d'attendre que la qualité d'héritier lui advienne, puisqu'il peut, cette ouverture ayant lieu, se départir de ce qu'elle lui apporte, et exercer son droit de donataire.

A cet égard, il ne subsiste qu'une autre difficulté, qui du reste est de tous les temps et de droit commun : ce serait lorsque la renonciation à l'hérédité se proposerait de frustrer un droit stipulé par la loi dans l'acte de partage, par exemple l'annulation résultant de la survenance d'un enfant, ainsi que le stipule en effet l'art. 1078 (Dall., n° 4,584). A part ce cas, le droit de renonciation demeure avec tout qui s'ensuit, et fait ainsi ressortir de plus en plus celui que nous avons dit provenir, avec suffisance, du contrat lui seul. Au surplus, poursuivons.

§ 2. — *Données directes.*

1. Ces données directes, nous les avons aussi. Seulement, pour les rendre plus saisissables, il nous faut tout d'abord rappeler comment ont été amenés et dès lors entendus les art. 1075 et suivants.

2. Sous le droit romain et dans les parlements de droit écrit on avait le partage *inter liberos*, tel qu'il fut successivement réglé par la loi 21, Cod., *Famil. ercisc.*, par la nov. 18, chap. 7, par la nov. 107, chap. 1 et 3, et tel qu'il fut du reste maintenu par l'ordonnance de 1735. Quant à la forme, il n'avait point pris celle des donations entre-vifs, se réduisant toujours à celle des testaments ou des donations à cause de mort, et toujours aussi restant par là révocable (Furg., ch. 8, sect. 1, n° 151). D'où il suit que, pour les partages qui, de nos jours, se présentent comme donations proprement dites, nous n'avons pas dans cette partie de l'ancien droit des précédents directs. Cependant, si nous remontons au principe d'une de leurs formes, à la donation *mortis causa*, telle qu'elle a été approfondie dans tous ses caractères, nous voyons poindre la vérité que nous soutenons. Suffisance de la qualité de donataire, inutilité de celle d'héritier. Cette donation, en effet, avait plus ou moins de portée suivant la volonté de celui qui donnait. On pouvait donner, même à ce titre, dans l'intention de rendre le donataire propriétaire à l'instant même : *Aliam esse speciem mortis causa donationum, quùm quis..... ita demum dat ut* STATIM *fiat accipientis* (L. 2, ff., *H. tit.*). En quoi néanmoins elle restait subordonnée ou conditionnelle, le donateur pouvant toujours la révoquer. Dans son résultat, sans doute, elle était considérée comme tenant plus des dispositions de dernière volonté que des dispositions entre-vifs, la falcidie se prenant sur elle comme sur les legs. Mais en ce qui la constituait, elle avait plus d'affinité avec le contrat qu'avec la disposition testamentaire. A la différence des legs, qui n'étaient dus qu'autant qu'il y avait adition d'hérédité, *elle était indépendante de cette adition* (Balde *in leg.* 2 delegat., 1°, et Boullenois, préf., p. 5 et 10).

D'un autre côté, c'étaient, au fond, *des exceptions aux règles sur les dispositions à titre gratuit* (Furg., test., ch. 2, sect. 1, n° 29); c'étaient, comme nous l'avons déjà vu, *des jugements plutôt que des dispositions* : *Judicia familiæ* (*Ibid.*, n°s 35, 48, etc.) Partant, quel besoin encore pour le porteur d'un pareil titre d'une adition d'hérédité ?

3. En pays de coutume, cette distinction ménagée pour l'époque du décès ne fut pas assez : on fit une chose qui, comme le dit encore Furgole (*Ibid.*, ch. 8, sect. 1, n° 168), fut

d'institution purement française ; on voulut déférer par anticipation *la succession même.*

Pour cela, on prit un point de départ, non pourtant chez soi, mais jusque dans le droit romain, où il est dit que « du vivant » de leurs pères et mères, les enfants sont considérés comme » propriétaires des biens de ceux-ci. » (Leg. 11, ff. *De liber et posth.*; leg. ult., Cod. *De impub. et aliis substit.*) Et, pour donner vie à cette fiction, procédant par une suite de déductions sévèrement logiques, on ajouta, tout en respectant la maxime *Viventis non est hæreditas*, une série de conditions qui se réduisent à ceci : « Ne seront admis à ce bénéfice que les héritiers » présomptifs. Ce qui dès lors leur sera cédé, ce sera moins » la propriété que la possession. Ainsi, en succédant à leurs » devanciers, ils se succéderont en quelque sorte à eux-mêmes. » Soit par eux, soit préférablement par leurs auteurs, nous leur » ferons faire le partage de ce qui leur sera donné comme en » matière de succession ouverte. Mais la loi des successions » étant tacitement écrite dans un pareil acte, il faudra le faire » entièrement concorder avec cette loi. Aussi faudra-t-il encore » que, comme dans la succession elle-même, la dévolution se » fasse envers tous ; qu'elle soit de l'universalité et par forme » d'universalité ; que chacun y rapporte ce qu'il aura antérieu- » rement reçu ; que chacun encore subisse proportionnelle- » ment à ce qui lui aura été livré, sa part dans les dettes exis- » tantes, etc., etc.[1] »

Aussi encore cette dévolution avait-elle été définie *une anticipation de l'espérance d'hérédité* (d'Argentré)[2], *une exécution anticipée de la loi des successions* (Pothier, art. 17 de la Cout. d'Orléans), *une imitation des successions légales* (Furg., *loc. cit.*, n° 188), *une saisine prématurée dont la saisine légale est en quelque sorte le prototype* (Merlin, *loc. cit.*) Et le partage qui en était fait par le démettant, défini lui-même avec son sujet, comment l'était-il encore relativement à ceux pour qui il était fait? Étaient-ils qualifiés simples donataires? Non. On disait d'eux

[1] Ferrière, v^is *Démiss. de biens.* — Boullenois, p. 39, 40 et passim. — Furgole, testam., ch. 8, sect. 1, n° 187. — Merlin, quest. de dr., v^is *Démiss. de biens*, § 6.

[2] *Hoc prorogat dimissio quod aliquandò jus patrium erogaturum erat, annos anticipat, spem antevertit.* (*Id.*)

qu'ils étaient *les héritiers* : *divisio bonorum a vivente inter* HÆREDES (d'Argentré).

4. A part cela, grande dissidence! Généralement c'était, comme en droit romain, la révocabilité. Mais en Normandie, surtout en Bretagne, c'était l'irrévocabilité. Suivant ce qu'en atteste le célèbre magistrat du parlement de Rennes, chacun était averti d'avoir, avant tout, à bien réfléchir : *Nàm nisi longe ante meditati, et bene introspectis dimissariorum moribus, illis Nemesis et præstò pœnitentia*. Mais, cette précaution prise, ordre de rester dans une fermeté pareille à la fermeté antique : *Libertatem arbitrii tuemur nos, non inconstantiam et instabilitatem mentis*. Et c'était là, à ses yeux, une chose tellement belle, qu'il croyait qu'elle fût inconnue aux autres provinces, qu'il croyait même qu'elle fût trop peu appréciée parmi les siens : *Dimissio juris Britannici ut exteris ignota, nostris vero hominibus paucissimis quidem, cognita*. Sur quoi on se contentait de penser avec Lebrun (Successions, liv. 1, ch. 1, sect. 5, n° 17) « que l'usage » de Bretagne faisait plus d'honneur à l'homme, mais que celui » des autres parlements rendait plus de justice à l'humanité. » Disons même que, tout en se faisant ainsi plus d'honneur, le pays de Bretagne avait pourtant, par l'art. 537 de sa dernière coutume, admis un correctif. L'universalité, qui d'abord y avait marché de front avec l'irrévocabilité, n'y fut plus exigée et y resta facultative ; à la différence de tous les autres usages du nord, on permit, comme dans le droit écrit, les démissions partielles.

5. Et vraiment ainsi que le disait M. Pascalis, lors de son remarquable réquisitoire dans l'affaire *Selva* (Sir.-Vill. 47, 1, 481), c'est tout cela que nous voyons dans nos art. 1075 et suiv. C'est, ici comme partout, le droit de notre ancien sol natal qui a prévalu ; mais c'est surtout le dernier état de la jurisprudence bretonne qui, avec son amendement très-bien conçu, a été préféré, sans doute comme plus flatteur à notre noble orgueil, sans doute pour avoir à nous faire réputer *justes*, par cela même que nous avons voulu être *fermes dans nos desseins*, et aussi peut-être parce que

« C'est du Nord, dès longtemps, que nous vient la lumière. »

Seulement, avouons-le : plus positifs que nos anciens, nous

avons su, à cette occasion, vouloir aussi en cela *la stabilité des biens et des affaires.*

Quant au surplus, c'est comme autrefois :

D'abord, sur l'ensemble, c'est ce cachet exceptionnel que Furgole avait noté comme dérogeant aux règles sur les successions non ouvertes ; c'est ce caractère fictif tellement haut placé dans l'idée des légistes, que Lebrun lui avait donné rang dans son titre *des successions*, allant même jusqu'à dire (*loc. cit.* n° 1) que ceci est un des cas *qui produisent ouverture d'hérédité.* — Autant ou à peu près en ont dit, de nos jours, Marcadé, Coin-Delisle, sur l'article 1075[1]. Autant il s'en induit des décisions recueillies par M. Dalloz dans son n° 4577. Autant il en a été pensé, suivant ce dernier auteur (n° 4451), dans un pays étranger, qui se gouverne encore par notre code, où l'on a ajouté que ces actes seront considérés « *comme successions anticipées.* »

Puis, dans le détail, quelle exacte conformité avec ce que nous venons d'apprendre !

Ici, ce sont deux mots, deux mots qui, dans l'article 1075, semblent ne faire qu'un pléonasme : les mots *distribution et partage*, qui d'ailleurs ne reparaissent plus autre part dans tout le Code. Hé bien ! nous venons de le voir, *la distribution* est, si l'on veut, un certain nombre d'allocations faites en même temps à plusieurs ; mais sans cohésion entre elles, mais sans spécification et sans intention d'égalité ou de proportionnalité. Et *le partage* ? C'est une répartition de lots ayant entre eux des rapports communs, avec détermination littérale ou au moins intentionnelle de quantités.

Là, c'est l'article 1078 où, bien que formulés entre vifs, bien que bornés au patrimoine présent, ces partages doivent, à peine de nullité pour le tout, être faits entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés : condition d'autant plus significative que, suivant le droit romain et nombre d'auteurs, pareille omission n'y entraînait pas nullité (Dall., n° 4458), tandis que dans les pays de Coutume elle l'y entraînait (Boullen., quest. 16, et Furg., n° 161) ; d'autant plus significative encore, d'autant plus marquée au coin d'une institution d'ordre public, que la nullité résultant de son infraction n'est pas seulement laissée à la disposition des en-

[1] Marcadé ajoute : « Ces règles n'appartiennent à la matière des donations » que pour *la manière* de réaliser le partage. »

fants omis, mais encore à celle des autres, quoique lotis (rev. cet article).

D'autre part, ces actes ne peuvent se faire, comme en pays coutumier, qu'au profit des héritiers présomptifs, et même avec plus de restriction, puisque les collatéraux en sont exclus, du moins pour ce qui concerne, ainsi que nous l'avons dit, leurs attributs particuliers (art. 1075).

D'autre part encore, c'est exactement comme en Bretagne : à côté de l'irrévocabilité le droit de ne transmettre que partiellement (art. 1076, 894, 1077).

Enfin, pour compléter le sort de ce fonds commun, décerné d'abord à des donataires d'élite, un partage; un partage fait par celui-là même qui se dépouille et au moment où il se dépouille (car observez bien qu'on ne lui en assigne aucun autre!). Et ce moment, c'est bien celui que, pour cet acte, on a appelé aussi le suprême : *Supremum voluntatis judicium!*..... (art. 1075, 1076). Si ce ne sont là des successions véritablement ouvertes, comme le disait Lebrun; si, nonobstant tout cela, il faut se rappeler encore la maxime *viventis non est hæreditas*, on peut du moins y juxtaposer celle-ci : *Vivente autem est imitatio vel, quod plus est, anticipatio hæreditatis.*

6. De ces prémisses que s'ensuit-il? Deux positions: l'une qui est celle des démissionnaires ou donataires vis-à-vis du démettant ou donateur, l'autre qui est celle de ces mêmes démissionnaires ou donataires entre eux. Et soit dans l'une soit dans l'autre, qu'y a-t-il? N'est-ce pas *l'actualité*?

Quant à la première de ces deux positions, le droit romain pur ne nous peut rien apprendre, les partages y étant subordonnés au décès, ainsi qu'il vient d'être dit, et y conservant cet état latent, variable, dans le cas même où ils y étaient consentis et signés par les enfants (Furg., *ub. supr.*). Seulement, nous apprenons du même auteur que, dans les pays de droit écrit, du moins à Toulouse, ils pouvaient être faits par forme de donation entre-vifs, et qu'en ce cas ils avaient, tant pour le fond que pour la forme, tous les effets de ces sortes de donations (nos 170, 171) : ce qui est assez dire, comme l'a si bien résumé depuis notre article 894, que le donateur se dépouillait *actuellement et irrévocablement* des choses données en faveur des donataires qui acceptaient (Instit., liv. 2, tit. 7, et L. 1, ff., *in princip. de donat.*).

Mais, dans le droit coutumier, l'actualité de ce dépouillement irrévocable, sans être au fond plus fertile en conséquences, était plus explicitement posée [1]. Là même où la révocabilité était réservée, Coquille, entre tous, disait que la démission était une *expropriation;* que cette expropriation n'était, sans doute, que volontaire, mais qu'elle n'en était pas moins *effectuelle.* —Suivant un jurisconsulte du pays d'Artois, le démettant était, *en ce regard, réputé pour mort*, ainsi que nous l'avons reproduit plus haut. « Car, ajoutait-il, un homme qui donne tous ses biens, » qui les donne à ses héritiers présomptifs, *se fait mort autant* » *qu'il est en lui.* Et l'héritier présomptif qui reçoit, reçoit, si- » non comme étant vraiment héritier, du moins comme parais- » sant l'être par la mort *fictive* du donateur. — Si donc, dans » le cas d'une succession ouverte, ajoutait à son tour Boulle- » nois, le mort véritable saisit le vif, c'est, dans le cas d'une » démission, *le vif qui saisit le vif*, en vue de sa mort future. Au » premier cas, il y a une succession ouverte ; au second cas, » c'est un délaissement par anticipation. Au premier cas, la loi » seule agit; au second cas, c'est la volonté de l'homme, en » devançant l'opération de la loi. En un mot, c'est la saisine » *actuelle* d'une succession *future.* Et les démissionnaires sont, » en tout cas, de véritables *possesseurs*, de véritables *propriétaires.* Pour eux il n'est plus question d'acquérir, mais de » conserver. »

Possesseurs!... Propriétaires!... C'est à cette qualification qu'adhère encore explicitement Furgole (*loc. cit.*, n° 182).

Quant à la deuxième de ces positions, c'est-à-dire quant aux démissionnaires ou donataires entre eux, le droit romain et les pays de droit écrit l'avaient mise en lumière jusque dans la première couche de sa formation. Les copartageants, dans les partages en général, étaient considérés, les uns vis-à-vis des autres, comme de véritables *coéchangistes*, chacun laissant et prenant à chacun quelque chose de la masse primitivement indivise (L. 77, § 8, ff., *De legat.* 2°; L. 20, § 3, ibid, *Famil. ercisc.*; Domat, *lois civ.* 2e part., liv. 1, tit. 4, sect. 1, n° 2). Et, recherchant quelles sont les obligations tacites de ceux entre qui a été fait le partage spécial qui nous occupe ici, Furgole y trouve l'applicabilité du même principe. A la vérité, c'est au moyen

[1] Boullenois, p. 9, 24, 27, 64, 198, 202, etc.

d'une distinction qui était devenue indispensable, à cause de la confusion où ses contemporains étaient tombés. Mais cette distinction elle-même, ainsi que nous le verrons bientôt, sera notre guide. Il dit (*loc. cit.*, sect. 1, nos 165, 166, 167) : « Lorsque » celui qui dispose par forme de partage *n'institue point d'héri-* » *tier*[1] et ne fixe point à chacun une portion *héréditaire*, se » contentant de leur distribuer des biens dont il forme leurs » lots, ce n'est qu'une simple distribution de biens par préci- » puts[2],.... Mais si, *après avoir institué plusieurs héritiers*, il » fait lui-même le partage de sa succession, en assignant des » lots à chacun, il ne fait autre chose que les fonctions d'ex- » pert, que les lois appellent *arbitrum familiæ erciscundæ*..... » EN FESANT L'INSTITUTION EN FAVEUR DE CHACUN ET EN FIXANT LA POR- » TION QU'IL VOULAIT LEUR ATTRIBUER, il les a revêtus *d'un droit* » *certain*, dont le partage n'est que l'exécution. Et c'est une es- » pèce D'ÉCHANGE. »

7. Or, *ce droit certain, cette espèce d'échange*, que produisent-ils, à leur tour? Ils produisent, ce nous semble, tout ce qui fut aperçu dans le mémorable arrêt de la Cour suprême, du 4 février 1845, sur le rapport de M. Lassagni (Sir. Vill., 45-1-205). Par contre, ils résistent aux nombreuses autorités qui, depuis, ont introduit une autre doctrine, notamment à l'arrêt non moins mémorable de la même Cour, du 30 juillet 1847 (Sir. Vill., 47-1-480). Ce qu'ils produisent, en effet, c'est LA SAISINE ; la saisine actuelle et au double point de vue que nous explorons ici ; la saisine qui, réciproquement active et passive, quant au second, c'est-à-dire quant aux démissionnaires entre eux, a pour but, pour utilité pratique, LA GARANTIE de l'un envers l'autre.

Quant à la saisine *et à son actualité*, comme principe, l'existence qui vient d'en être annoncée par induction se confirme en rappelant ce qui, à son égard, était suivi en Bretagne, où, comme on ne saurait plus en douter, ont été pris tous nos types ; où, comme aujourd'hui, était établie l'irrévocabilité, tempérée par l'obligation de s'astreindre aux seuls biens présents et par

[1] Il ne connaissait, avons-nous dit, que les dispositions à cause de mort, et voilà pourquoi il parle d'*institution d'héritier*. Mais n'importe : pour les dispositions entre-vifs les principes sont les mêmes. (Boullen., p. 42.)

[2] Cette expression, qui n'avait pas la même acception qu'aujourd'hui, lui est ramenée par le souvenir du texte qu'il reproduit dans le n° 46 du ch. 2, sect. 1 : *Aut omnes aut aliquas præcipuas.*

la faculté des démissions partielles. « Si nous consultons M. d'Ar-
» gentré, dit Boullenois (p. 248 et 249), il nous apprend que,
» dans son Parlement, les démissions sont regardées comme
» des actes mixtes, qui tiennent en même temps de la nature
» des contrats et de la disposition coutumière des successions :
» *dimissio mixtum jus est de contractu et consuetudinariâ dispo-*
» *sitione successoriâ*. Comme tenant de la nature des contrats,
» elle avait un effet PRÉSENT et irrévocable : « *contractu habet*
» *quod inter vivos fit, et sine expectatione mortis* EFFECTUM SUUM
» PRÆSENTI DIE SORTITUR. » D'ailleurs, à part cette autorité, consul-
tons aussi, car c'est bien le cas, celle de la raison. Ces mêmes
donataires sont ou peuvent être *actuellement* tenus, soit envers
les tiers, soit encore envers le donateur, de certaines dettes, de
certaines charges. Ils le sont indubitablement, si l'acte le sti-
pule. Ils peuvent l'être vis-à-vis des tiers, même au cas où l'acte
n'en parle point (Boullen., ch. 9, et Dalloz, n° 1717 à 1719).
Que si cette obligation n'est pas personnelle ou même hypo-
thécaire, il peut du moins s'ensuivre, de la part des créanciers,
une action en nullité pour fraude faite à leurs droits (n°s 1719,
4571 à 4573). Et dès lors, comment ne pas admettre, avec sa
condition pareille d'actualité, un effet qui, dans cet acte, est le
motif et le pendant de celui-là?

Quant à *la garantie*, dont a plus spécialement parlé Furgole,
comme une des conséquences *du droit certain et des échanges*
tacites qu'il a constatés, voici, en rapprochant ses idées éparses
dans le passage dont nous venons de prendre un extrait, com-
ment il continue : « Si la garantie n'a pas lieu dans les libéra-
» lités par préciputs, c'est-à-dire dans une simple distribution
» de lots *sans institution originaire*, elle sera due, sans aucun
» doute, lorsque cette institution existera..... tout de même que
» si le partage avait été fait entre cohéritiers après la mort du
» testateur. » Et Boullenois, généralisant les effets de cette sai-
sine, posant ensuite pour l'actualité de la garantie une condi-
tion pareille à celle posée par Furgole, c'est-à-dire avec réserve
qu'il ne soit pas fait d'eux *de simples donataires, distincts en*
droits et en intérêts, n'hésite point (p. 187 et suiv.) à formuler
contre eux cette autre décision tout uniment logique : « Les dé-
» missions étant des successions anticipées, et les partages qui
» s'ensuivent étant une préoccupation de ceux qui se feraient
» après décès, il faut envisager les démissionnaires entre eux

» comme *des héritiers* qui ont partagé *une succession*, et par » conséquent statuer pour eux comme on statuerait pour *des* » *cohéritiers.* »

8. Enfin, telle était l'étendue de ce principe d'actualité, qu'il agissait sur le passé et se mouvait dans l'avenir, sans plus tenir compte du donateur tout vivant qu'il fût, ramenant à son centre toutes les dispositions gratuites que celui-ci pouvait avoir précédemment faites (Boullen., ch. 8; Furg., ch. 2, sect. 1, n° 39; Poth., append. à l'art. 17 de la Cout. d'Orl., § 1, n° 6), et ne répartissant qu'à ceux pour qui il avait été créé ce que venait à délaisser l'un d'eux en mourant sans postérité (Boullen., p. 235; Poth., *ib.*, n° 7; Furg., *ub. supr.*, n° 190). Ainsi, rapport à la masse démise comme à la masse successorale, accroissement aux codémissionnaires comme aux cohéritiers. — Quant à l'accroissement, il est vrai qu'aujourd'hui ce n'est plus comme autrefois, soit par les raisons et les autorités qu'indique M. Dalloz (n° 4586), soit surtout parce que cela ne nous paraît point pouvoir s'inférer de la loi nouvelle, vu notre article 1044. Mais, quant au surplus et nommément quant à l'action en rapport, rien n'a été changé (n°s 4552, 4562, 4569).

Article 3. — Droit d'agir.

1. Certes, jusque-là, il n'est point littéralement dit que de cette saisine actuelle, de ce droit certain et actuel, de cette action en rapport, de cette garantie même, sortent aussi l'action en nullité, celle en rescision, celle en réduction. Au contraire, il a été fait une assimilation avec les échanges; et, on le sait, si ces espèces d'actes entraînent la garantie, elles n'entraînent pas de même la rescision pour lésion (art. 1706), encore moins la réduction pour simple excès.

2. Les échanges!..... Cet incident se trouve bien aussi dans les partages faits après décès; et pourtant il n'empêche, comme on le voit, de les soumettre à l'action en lésion. Pourquoi donc empêcherait-il d'y soumettre aussi ceux qui ne font que les prévenir et qui, au fond, renferment les mêmes éléments? Passons, et ne maintenons ce qui en a été dit plus haut que pour discerner les simples distributions d'avec les partages précédés de démissions conjonctives.

3. L'absence d'une dénomination littérale!..... Mais il n'a pas été dit davantage que tout ce qui dérivait des sources pré-

indiquées fût uniquement l'action en rapport et celle en garantie. S'il n'y a pas d'extension émise dans ce qui précède, il n'y a pas de limitation posée. Et, jusque-là, les notions du droit, secourues par la logique, peuvent accomplir le reste. Que venons-nous, en effet, d'apprendre? Par la plus concise et, à la fois, la plus complète des définitions, le système ci-dessus reproduit est la saisine *actuelle* d'une succession *future*. Ceux qui ont cette saisine ont en eux un droit *certain*, *actuel*, *formé*. Ce droit est, de plus, complexe : il gît en *propriété*, il gît même en *possession*. Ces deux droits, ils ont à les *conserver*. Quand? Aujourd'hui même : *præsenti die*. Or, l'action en rescision, celle en réduction ne naissent-elles pas, comme toutes les autres actions connues, d'une situation ainsi faite?

Qu'est-ce donc que le droit d'agir?

Se bornant à un texte dont la traduction est devenue proverbiale au palais, Ferrière a dit : *Actio eatenùs competit quatenùs interest* (v° *Action*).

« *L'action*, dit un autre passage de la loi romaine (L. 51, ff., » *De oblig.*), est le droit de poursuivre en justice *ce qui nous* » *est dû*. »

» C'est, dit Carré (L. procéd. introd., p. 23) tout droit qui, » *dérivant d'une loi positive*, suppose la faculté de recourir à la » justice, soit afin d'obtenir ou conserver la jouissance de ce » droit, soit afin d'être indemnisé de sa privation. »

« C'est, dit M. Dalloz (v° *Action*, n° 69) un droit particulier » qui naît d'un autre droit, et qui tend à en faire cesser la vio- » lation ou à en réparer les effets. »

Et est-il besoin de dire que *l'intérêt* de chaque démissionnaire est d'avoir en réalité ce qui lui a été promis dans l'acte; que cet intérêt, émanant pour lui d'une loi positive, s'est traduit en *un droit*; que ce droit est né de celui qui se forma *en acceptant ce qu'on lui donna*; qu'en fin de cause il consiste à *le conserver*, à en recueillir les fruits, et, au besoin, à recourir dans ce but aux moyens judiciaires?

4. Reprenons :

Si ce n'était pas assez de ce qui vient d'être déduit des notions générales du droit, n'aurions-nous pas, dans les autorités que nous consultions tout à l'heure, une donnée plus précise? Ne venons-nous pas de voir que *chaque copartagé entre-vifs était assimilé à chaque copartagé après succession ouverte?*

N'est-ce point là, en effet, ce qu'ont dit Boullenois et Furgole? Et M. Dalloz lui-même ne le reconnaît-il pas, *in extenso*, dans le susdit n° 4552?

Mieux encore :

L'action en rapport, l'action en garantie sont nommément reconnues ici. Nous venons de le voir. Pour ce qui est de l'action en rapport, ajoutons même ce que l'un des auteurs précités (Boullenois) en a dit, quant à l'époque où elle peut être exercée. Celle de l'acte, *qui produit la mort fictive*, serait, dit-il, la règle (p. 185). Sur quoi, il se propose certaines objections, et il les écarte comme hasardées ou inapplicables. Sur quoi encore, il rappelle un arrêt qui *semble*, ajoute-t-il, décider le contraire. Mais il fait observer 1° que, dans l'espèce de cet arrêt, il y avait eu une circonstance (celle du droit d'aînesse) qui avait tenu tout en suspens jusqu'au décès (p. 170, 171); 2° que, dans les autres cas où le rapport était différé, le partage ne pouvait être regardé que comme un partage des fruits (p. 186, 187). Par où, abstraction faite de ces hypothèses, le partage normal entraîné, *dès le jour de l'acte*, l'action en rapport.

5. Ceci complété, reprenons encore :

Au fond, quelle différence y a-t-il, d'une part, entre l'action en rapport et l'action en garantie, et, d'autre part, celles qui font l'objet de la présente discussion?

L'action en rapport et celle en rescision, comme celle en réduction, ont sans doute ceci qui les différencie : c'est que l'une vient ou peut venir en même temps que le partage, les deux autres après. Mais à part cette insignifiante distinction de date, n'ont-elles pas un principe identique? Pourquoi celui qui est astreint au rapport y est-il astreint? Parce qu'il est détenteur. Pourquoi celui qui est attaqué en rescision ou en réduction y est-il sujet aussi? Parce qu'il détient aussi. Dans tous ces cas, c'est parce que les autres ont une part à faire réaliser sur la chose détenue. Ce qui donc s'affirme dans un de ces cas s'affirme de même dans les deux autres.

Quant à l'action en garantie, où est sa raison d'être qui ne soit pas en même temps celle de l'action en rescision ou en réduction? Qui concevra que, d'une part, chacun doive garantir chacun pour un amoindrissement de lot, dont la cause remonte à une absence de tout titre ou à une témérité chez l'auteur commun vis-à-vis d'un tiers, et que, d'autre part, aucun ne

doive rien à aucun pour un fait ou une négligence du même auteur envers un ou plusieurs de ses enfants? Est-ce que, dans les deux cas, il n'y a pas préjudice injuste d'un côté, avantage injuste de l'autre? Est-ce que, pour être médiatement venu par un tiers, ce préjudice méritera plus de réparation que lorsqu'il viendra immédiatement de l'auteur commun lui-même?

6. Autre rapprochement, et choisi dans le plus sûr modèle, c'est-à-dire dans la loi elle-même :

Lorsqu'il s'agit d'un partage entre époux soumis au régime de la communauté, que dit cette loi? Elle dit (art. 1476) que, pour tout ce qui le constitue, notamment *pour ses effets*, on doit recourir à *toutes* les règles établies, au titre *des successions*, pour les partages entre *cohéritiers*. — Lorsqu'il s'agit d'associés, qui n'ont de commun entre eux que leurs bénéfices matériels ou leurs pertes, l'article 1872 dit que « les règles concer- » nant le partage *des successions*..... et les obligations qui en » résultent entre *cohéritiers* s'appliquent aussi à leurs partages. » Eh bien! lorsqu'il s'agira, entre enfants du même père, d'un partage à eux fait par celui-ci, d'un acte basé sur une démission qui est l'imitation légale de sa succession même, qui en est la dévolution anticipée, l'intention de la loi ne serait plus de se modéler *en tout* sur les règles de cette succession? Moins bien traités que des époux, moins bien que des individus étrangers entre eux et mercantiles, ils seraient exclus de cette voie? Et laquelle leur resterait-il donc? Aucune!.... Aucune, si ce n'est celle qu'on leur réserve dans un lointain indéfini; en vertu du titre héréditaire, c'est-à-dire en vertu d'un titre tout autre; tellement autre qu'il peut compromettre le fruit qui est dans celui-ci! Pour eux les règles d'analogie sont exceptionnellement interdites!..... Ce n'est pas de cette sorte qu'en a jugé, par de nombreux arrêts, la Cour de cassation. Lorsqu'il s'est agi de sauvegarder, pour eux aussi, dans ces mêmes formes de partages, le principe d'égalité en corps héréditaire, c'est au ch. 6, sect. 1, du titre *des successions* qu'elle nous a conduits. Et lorsqu'il s'agira, dans ces mêmes partages, d'abriter aussi ce même principe d'égalité en valeurs estimatives, elle nous conduira, l'identité de raison y étant, à la sect. 5 du même chapitre, à cet article 890 si malheureusement écarté jusqu'ici.

Mais le point de départ? Si les principes généraux qui précè-

dent l'ont indiqué, dira-t-on, le chapitre des partages de succession n'en parle pas. — Nous répondrons que, si l'on a pu trouver pour ceux-ci un supplément de loi dans l'article 1304, on l'y trouve aussi pour les autres. Les autres, en effet, sont aussi *des contrats.*

Mais pour la durée de l'action, même silence! — Pour la durée de l'action, même réponse.

Mais les partages entre cohéritiers, entre époux, entre associés, ne dépendent de rien : tandis que ceux-ci dépendent du droit définitif que la loi ajourne jusqu'au décès! — D'abord, si cela était ainsi, du moins en un sens absolu, les fondateurs de ce droit particulier qui attire ici notre débat en auraient eu eux-mêmes une bien fausse idée, en déclarant qu'il prenait date et effet du jour même où il s'est formé : *effectum suum præsenti die sortitur*. Puis, c'eût été chez eux et ce serait chez nous une bien déplorable inconséquence si, comme nous l'avons dit tout à l'heure, les démissionnaires devaient actuellement subir leur entière part des dettes et des autres charges, sans pouvoir, actuellement aussi, faire réaliser leur entier droit! Mais, grâces à un défaut de précision, on a, jusqu'à présent, comme du temps de Furgole, obscurci le véritable point où il faut se fixer. Même après ceci, on l'obscurcirait encore; à son exemple, attachons-nous donc à distinguer, ainsi que nous venons d'ailleurs de le promettre, et surtout n'omettons pas ses deux distinctions principales. DUBERNET DE BOSCQ.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

GROTIUS.

Par M. H. THIERCELIN, docteur en droit.

I.

En consacrant le nom de Grotius comme celui du créateur de la science du droit de la nature et des gens, la postérité n'a fait que rendre un juste hommage à l'un des hommes de génie qui ont le plus profondément marqué de leur empreinte les dif-

férentes branches du savoir humain. La science du droit naturel, en effet, appartient à Grotius comme la philosophie à Descartes; et s'il a eu des ancêtres, comme ceux dont nous avons cru utile d'exhumer les travaux [1], s'il doit peut-être au mouvement de son temps la pensée de son grand ouvrage, il ne faut pas moins lui conserver l'honneur d'avoir fixé des idées flottantes et coordonné les diverses parties d'une science inconnue avant lui en tant que science : c'est son titre de gloire, cela doit lui suffire; les plus fiers génies, ceux devant lesquels nous sommes accoutumés à nous incliner le plus bas, n'ont jamais pu, après tout, en invoquer un autre.

Hugues de Groot, connu sous le nom de Grotius, par l'habitude où étaient les savants de son temps de changer la désinence de leurs noms—*Il n'est rien si commun qu'un nom à la latine!*—est né à Delft, en Hollande, en 1583. Élevé à l'Université de Leyde, il y étudia à la fois les lettres, la théologie, la philosophie et le droit. Ses talents précoces lui valurent l'honneur d'être initié, presque encore enfant, aux mystères de la politique dans le séjour qu'il fit en France, où il accompagna Barneveldt, ambassadeur auprès de Henri IV. Mais Grotius eut le bonheur de ne pas jouir longtemps de ces faveurs prématurées; rentré dans sa patrie, il se donna quelque temps aux travaux du barreau de la Haye, publia plusieurs volumes de poésie latine et de travaux de philologie, travailla comme historiographe des États de Hollande à une histoire de son pays, et en 1607 obtint l'emploi d'avocat fiscal, emploi qu'il cumula bientôt (1613) avec celui de conseiller-pensionnaire de Rotterdam et de membre des États de Hollande, avec entrée aux États-Généraux.

Grotius, qui même dans les emplois publics dont il fut revêtu, se réserva toujours pour l'étude et ne joua jamais un rôle politique bien actif, ne pouvait cependant pas rester étranger aux querelles religieuses qui divisaient à cette époque les protestants de Hollande. On ne comprend pas aujourd'hui l'âpreté de ces guerres de théologie qui se terminaient souvent par le bûcher ou la prison; on ne les comprend pas surtout entre protestants, c'est-à-dire entre les représentants du principe de liberté; et cependant des questions d'un intérêt supérieur se

[1] V. la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XIV, p. 151.

trouvaient souvent cachées dans ces querelles de sectaires. Pour avoir pris parti contre le stathouder Maurice dans les controverses des arminiens et des gomaristes, Grotius, protestant, fut condamné en 1619 à la prison perpétuelle, et vit ses biens confisqués, et s'il ne subit pas sa peine jusqu'au bout, il dut ce bonheur au dévouement de sa femme qui réussit à le faire évader, après deux ans de captivité, en l'enfermant dans une caisse de livres.

Échappé de Hollande, Grotius vint en France, où Louis XIII lui fit servir une pension. Mais on devine bien que ce ne fut pour y demeurer oisif. Le savant Peiresc, ce Mécène des gens de lettres de son temps, lui ayant suggéré la pensée de travailler sur le droit commun des nations, Grotius se mit à l'œuvre (1623). C'est donc en France, à Senlis, dans une charmante campagne du président de Mesmes, aidé de la bibliothèque de de Thou, le fils du fameux historien, que Grotius travailla à son *De jure belli ac pacis*[1], le seul de ses ouvrages, entre tant d'autres, dont nous avons dessein de parler. Nous allons essayer d'en donner une idée, en négligeant forcément les détails dont cette œuvre considérable abonde.

Le titre seul de l'ouvrage, quoiqu'il ne paraisse pas, à la première vue, répondre au sujet, indiquait une rénovation de la science du droit, pour peu qu'on cherchât à en pénétrer la portée. Qu'est-ce que la guerre, en prenant le mot dans son acception la plus générale, c'est-à-dire comme signifiant tout conflit violent, ou public ou privé? un fait de force. Or chercher dans quels cas elle est légitime ou défendue, et qui peut y recourir, c'est chercher les principes du droit naturel, du droit strict, *parfait*, de celui qui a pour sanction la force; et l'on comprend ainsi comment Grotius, par le seul titre de son livre, détermine en quelque sorte l'idée du droit et distingue le droit de la morale, différent en cela de la plupart de ses prédécesseurs, dans l'esprit desquels l'idée du droit était toujours demeurée mal précisée.

Dans un discours préliminaire placé en tête de son livre, Grotius en expose l'objet, et traite de la certitude du droit en général. Dès avant lui, les commentaires et les traités ayant pour objet les lois romaines ou le droit particulier de chaque peuple

[1] Publié en 1625.

n'avaient pas manqué, mais le droit de la nature et des gens n'avait pas encore trouvé ses interprètes. En commençant, Grotius annonce son projet d'embrasser toute la science du droit d'un point plus général et plus élevé. Il avait à lutter, dans une telle entreprise, contre la doctrine négative des sceptiques; car les lois, disait Carnéade, ont été modelées par les hommes sur leur avantage particulier; de là vient leur diversité selon les mœurs et les temps; et le droit naturel, la justice, sont ainsi une pure imagination ou une sottise, puisqu'ils obligeraient chacun à prendre souci des avantages d'autrui contre son propre intérêt[1]. Mais Grotius répond à cette argumentation que l'homme est un être sociable avant tout; que pour satisfaire ce penchant dominant, il doit obéir à d'autres lois que son propre intérêt, et que la sociabilité ayant ainsi ses exigences, il s'ensuit que le droit a ses règles distinctes de l'utilité individuelle, certaines autant que quoi que ce soit au monde puisse l'être, si certaines même qu'elles n'existeraient pas moins quand on accorderait, par un blasphème complaisant, que Dieu n'existe pas.

Mais Dieu existe, et en promulguant ses lois dans *l'Écriture* et en douant l'homme d'une nature raisonnable, il a ouvert une source développant et expliquant le droit qui naît de la sociabilité. Cette idée de l'existence de Dieu et cette notion de la nature de l'homme doivent guider notre auteur dans toutes ses investigations. Après avoir démontré qu'il y a des lois certaines, Grotius donc explique comment on peut les découvrir, et quel usage on peut faire des faits, des textes, de l'histoire, des sentences des écrivains, des orateurs et des poëtes. Le discours préliminaire de Grotius est un discours de la méthode, en même temps qu'un exposé de sa matière.

Par l'argumentation que Grotius emploie pour démontrer la certitude du droit en général, on peut à peu près deviner l'idée qu'il en donnera. Si, chez l'homme, la faculté de la sociabilité domine toutes les autres; si la société a des nécessités auxquelles l'homme doit de toute nécessité se soumettre, sous peine de renoncer à ce penchant insurmontable, et si, d'un autre côté, l'homme, outre sa qualité d'être sociable, est éminemment doué de raison, l'idée du droit devra se déterminer

[1] V. Lactant., *Institut. divin*, liv. V, cap. 16, Aldus, 1515.

par les nécessités combinées de la société et de la justice pure. C'est pourquoi Grotius définit le droit : un précepte de la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon sa convenance ou sa disconvenance avec la nature raisonnable et sociable de l'homme, *Dictatum rectæ rationis indicans actui alicui ex ejus convenientiâ aut disconvenientiâ cum ipsâ naturâ rationali* (*ac sociali*[1]) *inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem*[2]. Et comme c'est Dieu, auteur de la nature qui a fait ces nécessités, y satisfaire, c'est lui obéir, y résister, c'est enfreindre sa loi : *Consequenter ab auctore naturæ Deo talis actus aut vetatur aut præcipitur*[3].

Après l'exposé de ces principes fondamentaux que nous dépouillons de tous leurs développements, Grotius arrive aux conséquences. La première question qui se présente est de savoir si la force, que l'on a si souvent opposée au droit, peut être dans certains cas légitimement employée. Entre autres raisons, Grotius montre que la *droite raison* et la *sociabilité*, ses deux principes fondamentaux, loin de repousser la guerre, la requièrent impérieusement comme garantie du droit[4], et qu'ainsi un peuple peut légitimement faire la guerre, et un particulier un procès, quand ils ont le bon droit pour eux. Cela est de toute évidence, quelque autorité qu'on cherche à emprunter aux textes sacrés. A quoi me servirait d'avoir des droits si chacun pouvait agir contre moi comme si je n'en avais pas? Contre la force aveugle, obstinée et brutale, je ne puis opposer que la force, si j'ai souci de ma personne et de mes biens : *Nihil est quod contrà vim, sine vi, fieri possit*[5]. Aussi l'*Écriture* bien entendue, le consentement des hommes, l'histoire et l'opinion des philosophes, concordent-ils avec la raison pour autoriser la guerre, à la condition de n'y recourir jamais que dans l'intérêt de la justice, du droit, et pour la conservation de la société[6].

[1] Les mots *ac sociali* ont été restitués comme faute typographique par les commentateurs de Grotius. La restitution paraît conforme à la pensée de notre auteur. Il est cependant remarquable que les mots *ac sociali*, qui ne sont pas dans la première édition, ne se trouvent pas davantage dans les éditions subséquentes, parues du vivant de Grotius.

[2] *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. 1, § 10.

[3] *Ibid.*, lib. I, cap. 1, § 10.

[4] *Ibid.*, lib. I, cap. 2, § 1, n° 6.

[5] Cic., *Epist. ad famil.*, lib. XII. epist. 23.

[6] *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. 2.

Mais pour savoir dans quel cas la guerre, les voies de coercition sont légitimes, il est indispensable de passer en revue les diverses prétentions qui peuvent l'occasionner ; en d'autres termes, il faut s'occuper des droits après avoir parlé du droit, car toute violation d'un droit constitue une injure, pour laquelle il est licite de recourir à l'emploi de la force. Or, au premier rang des droits, il faut placer le droit de propriété. La théorie de Grotius sur le droit de propriété est celle qui a fait fortune plus tard dans les écrits de Puffendorf, de Wolff, de Montesquieu, et dans le discours de Mirabeau sur le partage des successions [1]. Originairement, dit Grotius, tous avaient droit à tout ; la terre ayant été donnée, selon la parole de l'Écriture, aux enfants des hommes pour en jouir, chacun jouissait par indivis de la terre et de ses biens comme s'il n'y avait eu qu'un seul patrimoine ; tout au plus pouvait-on demeurer viagèrement à la place qu'on s'y était faite, de même que dans un théâtre chaque spectateur conserve la place qu'il occupe, selon l'ingénieuse comparaison de Cicéron, sans que le théâtre cesse pour cela d'être commun à tous [2]. Ce ne fut que plus tard, quand le développement des arts, des sciences et aussi des besoins factices firent souhaiter aux hommes une vie moins frugale, que l'on songea à constituer la propriété individuelle, propriété qui devint telle, non par un acte intérieur de l'âme, qui aurait toujours laissé subsister des doutes sur la volonté de l'occupant, mais par l'effet d'une convention ou expresse ou tacite [3]. Grotius, en donnant pour base au droit de propriété une convention supposée, recourt évidemment à une hypothèse toute gratuite, nullement nécessaire ; aussi cette hypothèse le gêne-t-elle dans l'explication qu'il donne de plusieurs difficultés relatives à ce sujet, ainsi que nous le montrerions facilement si nous ne craignions de nuire à la clarté de cette analyse par la multiplicité des détails [4].

[1] Dans nos *Principes de droit* (p. 123 et suiv.), nous avons fait honneur aux successeurs de Grotius de cette théorie. C'est que la pensée de Grotius en cet endroit manque un peu de netteté ; plus loin nous dirons en quoi.

[2] *Quemadmodum theatrum, quum commune sit, recte tamen dici potest ejus esse eum locum quem quisque occupârit ; sic in urbe mundove commune non adversatur jus quominus suum quidque cujusque sit.* De finibus, III, 20.

[3] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 2, §§ 2 et seq.

[4] *Ibid.*, lib. II, cap. 2, §§ 2 et seq. Voy. surtout ce qu'il dit des prétentions à la propriété sur les mers.

Après les droits sur les choses viennent les droits sur les personnes. Le premier de ces droits, c'est la puissance paternelle. Selon Grotius, c'est le fait de la génération qui confère aux parents un pouvoir sur les enfants. Cette affirmation n'est pas démontrée par Grotius, mais peut-être ne faut-il pas y attacher une grande importance, car lui-même, par un sentiment de justice qui serait alors une inconséquence, affranchit les enfants de la puissance paternelle quand ils sont arrivés au complet développement de leur raison [1].

Le second droit personnel, c'est celui du mari sur la femme en vertu du mariage. Pour Grotius, le mariage n'est naturellement que l'habitation de l'homme avec la femme, de façon que la femme soit comme sous la garde du mari, mais aussi obligée par un engagement implicite envers lui. *Conjugium naturaliter esse, existimamus talem cohabitationem mariti cum fœminâ quæ fœminam constituat quasi sub oculis et custodiâ mariti... Ad hoc accessit fides quâ se fœmina mari obstringit.* Ici Grotius examine une foule de questions qui pouvaient avoir de l'intérêt de son temps, mais qui ont été depuis lui si souvent traitées qu'elles sont aujourd'hui des lieux communs [2].

De ces deux droits, puissance paternelle, puissance maritale, qui ne sont pas sans quelque analogie, l'un est fondé, selon Grotius, sur le fait de la génération, l'autre sur le consentement. En voici un troisième fondé sur un délit ou un crime. Tout homme, dit Grotius, qui a mérité de perdre sa liberté est réduit par force sous la domination de celui qui a le droit de le punir [3]. En étendant cet effet du crime ou de la force aux peuples vaincus [4], Grotius donne une théorie de l'esclavage plus dure encore que celle de l'antiquité; car l'antiquité au moins ne blâmait pas les efforts tentés pour recouvrer la liberté, et Grotius en refusant aux vaincus le droit de secouer le joug, qu'en se rendant coupables, condamne à une servitude éternelle ceux qui ont une fois succombé [5].

Nous passons sur de nombreux détails pour arriver à la matière des obligations. La source la plus commune des obliga-

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 5, §§ 1 et seq.
[2] *Ibid.*, §§ 8 et seq.
[3] *Ibid.*, §§ 1 et 32.
[4] *Ibid.*, liv. III, § 7, 1.
[5] *Ibid.*, lib. II, § 22, n° 11.

tions, ce sont les promesses. Grotius distingue trois manières de témoigner à quelqu'un une résolution qui lui soit favorable. La première, c'est de lui communiquer simplement le dessein que l'on nourrit à son égard : *Est assertio explicans de futuro animum qui nunc est.* Une telle communication n'oblige pas. La seconde, c'est de joindre à cette communication une déclaration de la nécessité qu'on s'impose de persévérer, et alors il y a pollicitation (*pollicitatio dici potest*), c'est-à-dire promesse d'où ne peut sortir encore un engagement au regard du droit civil. Enfin, la troisième manière consiste à donner à celui à qui l'on promet le plus haut degré d'espérance, en lui faisant une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de lui conférer un droit. Il y a alors promesse parfaite, *perfecta promissio*, produisant le même effet que l'aliénation ou transport de propriété [1].

Mais, de même que pour l'aliénation, il doit y avoir un double consentement, de même aussi la promesse doit être acceptée dans tout contrat par celui à qui elle est faite afin de lui conférer un droit. Cette acceptation est indispensable pour lier le promettant. C'est alors seulement qu'il y a concours de volonté, et par suite une créance et une obligation [2].

La matière du droit pénal a été, de la part de Grotius, l'objet d'un examen étendu. Toute guerre, toute voie de coercition, dit Grotius, a pour objet d'opérer d'abord la réparation d'une injure, d'un mal, et ensuite, s'il y a lieu, d'infliger une punition à celui qui l'a causé. Or, après avoir traité de la réparation du mal, il est naturel de parler de la punition. Toute peine donc, selon Grotius, est un mal que l'on fait souffrir à quelqu'un à cause du mal qu'il a commis : *Pœna generali significatu est malum passionis quod infligitur ob malum actionis* [3]. Et cette rétribution du mal par le mal est légitime, selon lui, quel que soit le sujet qui l'inflige, pourvu qu'il ait sur le coupable l'autorité d'une conscience pure ; l'expiation du coupable est alors une satisfaction donnée à la justice pure qui peut commencer dès ici-bas.

Mais en donnant pour base au droit de punir le principe de l'expiation, et en autorisant les justices individuelles [4] sans pré-

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, §§ 2 et seq.
[2] *Ibid.*, lib. II, cap. 11, § 14.
[3] *Ibid.*, lib. II, cap. 20, §§ 1 et seq.
[4] Ce dernier principe de Grotius est très-remarquable en ce qu'il est con-

judice à la justice sociale, qui même dans les sociétés les plus mal constituées, dispose de moyens bien autrement puissants et certains, Grotius n'entend pas, pour cela, conférer à tout individu un droit de punir sans limites. Le droit de punir, selon lui, doit être limité par le but auquel il tend. Or ce but c'est l'utilité de la peine, c'est la préservation individuelle et sociale. La peine ne doit donc pas être infligée toujours dans toute la mesure du mal que le coupable a commis; elle doit être modérée selon l'intérêt que la société ou l'individu peut avoir à le réprimer [1].

Dans l'examen qu'il fait des peines les plus communes, Grotius donne à la peine en général un autre but, le bien du coupable, *utilitas ejus qui peccârit* [2]. Ce nouveau principe semble, au premier aspect, contredire le précédent. Mais il faut remarquer que cette fin de la peine, purement accidentelle, non requise nécessairement, ne peut être prise en considération que pour le choix de la peine; elle ne tient pas au principe même du droit de punir : elle n'en règle nullement l'étendue.

La peine de mort, qui a alimenté de notre temps de si vives controverses, ne pouvait être omise par notre auteur. Grotius l'autorise expressément. Cependant, pour accommoder ce terrible châtiment avec son principe du bien du coupable, il en restreint l'application dans des limites très-resserrées, ne le reconnaissant légitime, selon une parole de Sénèque, que dans les cas où l'intérêt même du coupable demande qu'il périsse [3].

C'est ici le lieu de parler d'une question qui était toute vive au temps de Grotius, et à propos de laquelle il subit lui-même l'emprisonnement, la confiscation et l'exil. Peut-on contraindre à embrasser la religion chrétienne ceux qui ne veulent pas la recevoir? Non, dit Grotius, car la religion ne peut être prouvée par des raisons purement naturelles. D'un autre côté, les secours divins de la grâce étant dispensés selon des règles de justice absolument impénétrables à la raison humaine, il y aurait, humai-

traire à la doctrine de la plupart des publicistes modernes. Mais Grotius ne dissimule pas qu'il est très-dangereux pour un particulier, et surtout pour un chrétien, de se faire de son chef un ministre de justice. V. § 14.

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 20, §§ 4, 5 et 10.

[2] *Ibid.*, lib. II, cap. 20, §§ 6 et 7.

[3] *Ibid.*, § 7. *Nemo pereat nisi quem perire etiam perentis interest.* Sen. *De irâ*, lib. I, cap. 5.

nement parlant, une injustice à rendre punissables devant les hommes ceux qui demeurent endurcis par l'effet d'une rigueur divine dont le principe demeurera toujours inconnu aux juges comme aux accusés [1]. Quant à ces persécutions que les chrétiens dirigent contre eux-mêmes à propos des menus détails de leur foi, il est bien clair que si le pouvoir civil ni les particuliers n'ont pas d'action contre les sectateurs des différents cultes, à plus forte raison n'en auront-ils pas contre eux-mêmes pour extirper par la force de prétendues erreurs, surtout quand elles sont professées consciencieusement, de bonne foi [2].

Nous n'avons effleuré jusqu'ici, dans cette analyse, que les questions relatives au droit civil, passant par-dessus les questions de droit politique quand nous les avons rencontrées. Dans l'ouvrage de Grotius, les deux matières, droit civil, droit politique, sont continellement mêlées. Grotius, fidèle au titre de son livre, s'étant placé, pour la matière du droit, au point de vue de la réparation, de la répression, de la *guerre*, ou publique ou privée, devait continuellement confondre les deux grandes divisions du droit universel. Mais si nous les avons distinguées afin de séparer des choses dissemblables, au risque de présenter dans dans notre travail de réduction une copie moins minutieusement exacte de notre auteur, ce n'est pas pour oublier l'une des deux. Voyons donc quelles sont sur les points principaux les théories politiques de Grotius.

II.

La première question de droit politique importante à laquelle touche Grotius est celle de la souveraineté. Cette question, à tout prendre, domine toutes les autres; car, selon que l'on donnera à la souveraineté telle ou telle base, le caractère de cet être moral qu'on appelle une nation se trouvera différent. Or la puissance souveraine, selon Grotius, c'est celle dont les actes sont indépendants de tout pouvoir supérieur, en sorte qu'ils ne peuvent être annulés par aucune autre volonté humaine : *Summa potestas dicitur, cujus actus alterius juri non subsunt, ita ut alterius voluntatis humanæ arbitrio irriti non possint reddi.* Le souverain actuel ou celui qui succède à ses pouvoirs peut rétracter l'expression de sa volonté sans doute ;

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. XX, § 48.
[2] *Ibid.*, lib. II, cap. 20, §§ 48 et 50.

mais il n'a pas de supérieur ou bien il n'est pas souverain. Telle est la définition que Grotius donne de la souveraineté. Du reste, Grotius distingue dans la souveraineté deux sujets, *duo subjecta* : le sujet commun de la souveraineté qui est l'État, et le sujet propre où la souveraineté réside, c'est-à-dire une ou plusieurs personnes proprement appelées *souverain* [1].

Mais dès avant Grotius, il n'avait pas manqué d'écrivains qui, distinguant comme lui deux *sujets* dans l'État, avaient fini par en supprimer un pour faire résider toujours la souveraineté dans l'autre, qui était le peuple. La conséquence la plus immédiate de la doctrine de la souveraineté du peuple, c'est que les peuples peuvent déposer les rois et les punir quand ils jugent que le roi a abusé de son autorité. Grotius combat cette doctrine comme contraire au droit et surtout comme fertile en maux de toutes sortes. De même, dit-il, qu'un particulier peut se rendre esclave de qui il veut, de même aussi un peuple peut transférer à un ou plusieurs le droit de gouverner, s'il assure ainsi son existence ou sa tranquillité. Si l'on continue cette assimilation des peuples aux hommes, il faut ajouter que certains peuples sont faits pour la domination comme, selon Aristote, certains hommes sont faits pour l'esclavage. Enfin, la situation des affaires publiques peut réclamer impérieusement l'autorité d'un seul homme; et les exemples de pareilles nécessités ne sont pas rares dans l'histoire [2]. Grotius n'induit pas de ces raisons qu'un peuple n'est jamais souverain de lui-même, il en infère seulement que la souveraineté ne lui appartient pas toujours.

A ceux qui soutiennent que le peuple est toujours souverain, alors même qu'il a conféré la toute-puissance à un chef, par la raison que celui qui *établit* est au-dessus de celui qui *est établi*, Grotius répond que cela n'est pas vrai au cas où il s'agit d'un pouvoir que l'on pouvait ne pas donner, mais qui est irrévocable de sa nature quand il a été une fois conféré. Une femme qui se marie, par exemple, pouvait rester maîtresse d'elle-même, mais par le fait du mariage elle a donné au mari une autorité irrévocable sur sa personne. Et si l'on ajoutait, pour la même thèse, que la puissance souveraine est établie

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. III, § 7.
[2] *Ibid.*, lib. I, cap. 3, § 8.

dans l'intérêt des gouvernés, non pour les gouvernants, Grotius répondrait que c'est l'intérêt mutuel du souverain et des sujets qui a déterminé l'établissement de la souveraineté[1], toute souveraineté ayant de fait pour base, dans l'histoire, une soumission d'abord forcée, ratifiée ensuite volontairement.

Est-ce à dire cependant que tout prince est nécessairement, et de droit, tout-puissant, despote, en sorte qu'il n'ait pour règle d'action que sa seule volonté. Sur ce point il y a quelque explication à donner. D'abord le prince n'a d'autorité que dans les limites du droit naturel et divin, et la puissance civile ne peut prétendre à être obéie quand ces commandements entraîneraient une contravention à ces règles[2]. En second lieu, rien ne s'oppose à ce que la constitution de l'État ne réserve à quelque corps, grands, prélats, députés des villes, une part d'action dans la confection des lois, que le prince sera tenu de respecter[3]. Enfin la constitution peut même être telle que le peuple ait retenu par devers lui quelque portion de la souveraineté[4]. Toute la thèse de Grotius se réduit à soutenir que ce partage n'existe pas nécessairement et ne peut se présumer, et que la souveraineté, même partagée, est, pour chaque portion, absolue dans son cercle, comme l'on dirait aujourd'hui, ou bien n'existe pas[5].

Cette théorie de la souveraineté traîne avec soi une multitude de conséquences sur le point de savoir quand et comment les sujets peuvent résister au prince. Grotius les détaille[6], elles peuvent se résumer toutes en deux mots : la résistance des sujets est licite dans les cas où le prince agit en dehors des limites de sa souveraineté; elle est illicite dans toutes les autres.

Dans ses rapports avec les peuples voisins, une nation constituée, avec sa souveraineté, ses magistrats, sa force armée, ses impôts, ses tribunaux, est dans un état de paix ou dans un état de guerre. Dans l'état de paix, la nature des relations internationales est fixée par des traités. Grotius divise les traités publics en deux classes, comprenant, la première, ceux qui règlent des choses auxquelles on était déjà tenu par le droit na-

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. 3.
[2] *Ibid.*, lib. I, cap. 4, § 1 et lib. II, cap. 26, § 3.
[3] *Ibid.*, lib. I, cap. 3, § 10, n° 3.
[4] *Ibid.*, lib. I, cap. 3, § 17.
[5] *Ibid.*, liv. I, cap. 3, § 9.
[6] *Ibid.*, lib. I, cap. 4.

turel, *alia fœdera constituentia quod juris est naturalis*, la seconde, ceux par lesquels une nation s'engage à quelque chose de plus, *alia aliquid ei adjicientia*. Comme exemple des premiers, il cite les traités de paix et certains traités de commerce; comme exemple des seconds, il cite certaines conventions qui suivent la guerre, comme de rendre les prisonniers ou le butin, et les traités d'alliance pour la guerre soit offensive, soit défensive [1].

Quelle est la force obligatoire d'un traité et sa durée, c'est ce que la raison indique en quelque sorte d'elle-même. De même qu'entre particuliers un contrat oblige à tout ce qui est la suite prévue du contrat et de la façon que cela résulte des paroles prises dans le sens où on les entend communément, de même aussi dans les traités les puissances contractantes sont astreintes à tout ce que commande l'équité [2]. Au reste, indépendamment des traités exprès, il y a, entre nations, des obligations d'alliance en quelque sorte naturelles, comme, pour les États chrétiens, celle de se soutenir mutuellement contre les attaques des ennemis nés du christianisme. Il y a même obligation de soutenir, en dehors de tout traité, des peuples amis ou anciens alliés compromis dans une guerre qu'on leur fait injustement [3].

La partie la plus considérable de l'ouvrage de Grotius, en ce qui touche le droit politique, est celle que comprend tout le livre troisième et dernier; c'est le livre qui a le plus particulièrement trait au droit de la guerre. La guerre est pour un peuple ce qu'est la résistance pour les particuliers, la juste défense de soi-même [4]. Mais, de même que la résistance contre une attaque injuste entraîne certaines nécessités rigoureuses en apparence, légitimes en réalité, comme de donner la mort à l'agresseur, par exemple, quand c'est l'unique moyen de se défendre contre ses actes de violence, de même aussi la guerre a ses rigueurs que la légitimité du but justifie. Grotius pose ce principe qu'en matière de choses morales les moyens qui conduisent à une certaine fin se revêtent de la nature de cette fin. *Ea quæ ad finem ducunt in morali materia æstimationem intrin-*

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 15, §§ 5 et seq.
[2] *Ibid.*, lib. II, cap. 16, §§ 2 et seq.
[3] *Ibid.*, lib. II, cap. 15, §§ 2 et seq.
[4] *Ibid.*, lib. II, cap. 1.

secam accipiunt ab ipso fine. Donc tout ce qui est moralement nécessaire (Grotius ne dit pas physiquement nécessaire) pour la poursuite d'un droit est juste; toutes les nécessités morales qu'entraîne la guerre, quant à son but, sont légitimes, autorisées par le droit [1].

En développant ce principe, Grotius se livre à une foule de distinctions de casuiste, où nous ne pouvons pas le suivre, distinctions qui ont passé pour la plupart dans le droit des gens moderne et sont devenues des règles incontestées. Nous nous contenterons de résumer sa théorie de morale internationale sur l'art d'abuser l'ennemi. Or, quand on proscrit le dol, même entre belligérants, il faut d'abord mettre à part ce que l'on appelle communément les *ruses de guerre;* elles sont parfaitement licites et forment une partie considérable de la tactique militaire. Ce qui est défendu c'est le mensonge proprement dit; ce sont les faits, les actes, les paroles qui ne peuvent être pris que dans un sens différent de la pensée qu'ils manifestent. Une réticence, un silence mal interprété n'ont rien de condamnable en soi; une parole trompeuse, un acte calculé pour induire la nation ennemie en erreur sont réprouvés, au contraire, par le droit, comme ils le sont par la conscience [2].

Après les causes et la conduite de la guerre viennent ses conséquences; une des principales est la sujétion plus grande ou moindre de la nation vaincue. La souveraineté d'une nation sur une autre par le droit de la guerre est-elle légitime? Oui, dit Grotius; une nation vaincue peut devenir sujette du vainqueur ou devenir sienne par incorporation [3]. Mais il n'est pas toujours permis, en droit, au vainqueur de s'arroger la souve-

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. 1, § 2. Cette théorie de Grotius sur la légitimité des moyens à employer pour arriver à un but légitime ou cru légitime, aurait besoin de quelques explications. Entend-il professer ce que l'on a appelé dans ces derniers temps la souveraineté du but? Pensait-il, comme une certaine école, que la fin justifie toujours les moyens? Aucunement. Parmi les moyens propres à réaliser une fin, il y en a d'indispensables, sans lesquels cette fin ne pourrait être atteinte; ce sont ceux-ci que l'honnêteté du but justifie quels qu'ils soient d'ailleurs en eux-mêmes. Quant aux autres, quant à ces moyens non requis nécessairement pour telle fin licite qu'on se propose, mais qui peuvent y conduire, l'usage n'en est permis qu'autant qu'ils sont honnêtes, et l'honnêteté du but ne peut suffire pour en justifier l'emploi.

[2] *De jure belli ac pacis*, §§ 2 et seq.

[3] *Ibid.*, lib. III, cap. 8.

raineté sur la nation qui a succombé; cette acquisition n'est légitime qu'autant qu'elle répond au degré de peine que le vaincu a mérité [1].

Après avoir exposé les règles du droit de la guerre, Grotius termine en exhortant les peuples à se garder la foi donnée, à rechercher la paix, à chérir la concorde. Confiance touchante et naïve d'un grand esprit prenant ses songes pour la réalité! Quand le livre de Grotius, en effet, parut, au milieu des guerres atroces qui désolaient l'Allemagne, rêver la paix était presque une utopie. Mais s'il ne put guère espérer de voir son souhait se réaliser, au moins put-il se rendre le témoignage d'avoir préparé des rapports plus humains entre les peuples, en même temps qu'il créait une science dont le développement et le progrès devait renouveler les législations civiles. De quels bienfaits la science du droit public et du droit civil est-elle redevable à Grotius, c'est ce que nous allons maintenant chercher à noter avec quelque précision, en essayant de juger les théories qui viennent d'être analysées.

III.

Au moment d'inventorier les idées fondamentales du livre de Grotius pour arriver à les apprécier, nous éprouvons une crainte bien naturelle, celle de paraître nous contredire nous-même, en joignant des critiques de détail ou au moins des réserves aux justes éloges que l'ouvrage a toujours mérités dans sa conception et dans son ensemble. Ces critiques toutefois nous serviront à préciser le caractère de l'admiration dont il est l'objet depuis deux siècles. Grotius, qui de son temps et après lui, a alimenté toutes les controverses soulevées sur les matières qu'il a traitées, n'est pas un maître sur la parole duquel les disciples puissent jurer sans examen. Cela n'enlève rien à son grand mérite. L'idée seule de son livre fut une illumination de génie, la réalisation de cette idée un événement dans la science; ses principes secondaires ont passé dans les ouvrages de ses successeurs; mais ses principes fondamentaux peuvent motiver des doutes sérieux; les jurisconsultes philosophes qui sont venus après lui, ont pu les rectifier sans diminuer aucunement le mérite du livre ni la gloire de son auteur.

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. 15.

C'est la destinée de ces grands monuments de la pensée humaine, de se survivre en quelque sorte à eux-mêmes, et de continuer à demeurer des autorités bien longtemps après que leurs doctrines ont été insensiblement renouvelées par l'effet du temps et des méditations qu'ils ont provoquées. Un livre profond, original, fortement conçu, éclate tout à coup et découvre des horizons inconnus; dans la carrière ouverte par son auteur, bien d'autres s'élanceront pour aller plus loin; mais le père de cette science nouvelle aura toujours l'honneur d'avoir guidé ces recherches, et dans toutes les controverses qui s'engageront après lui, c'est toujours à lui qu'il faudra venir.

Les premiers chapitres du livre de Grotius sont employés, comme nous l'avons dit, à démontrer que le droit de la nature et des gens est une science certaine et à définir cette science. A ceux qui soutiennent que l'homme n'a pas de loi morale, mais seulement des instincts et des intérêts, Grotius fait une réponse qui, par l'idée qu'il donnera bientôt du droit, est certainement irréfutable. Soit, l'homme n'a pas de loi morale! Mais parmi ses instincts il faut certainement placer au premier rang la sociabilité. Or si l'homme est sociable par instinct, par intérêt, l'homme sociable, sinon l'individu, devra se soumettre par instinct, par intérêt, à des nécessités ayant pour objet la conservation de la société; et ces nécessités, que seront-elles autre chose que des lois véritables, dont l'ensemble formera le droit social?

C'est pour avoir déduit le droit naturel des nécessités de l'état social, que l'école dont Grotius est le chef s'est appelée d'un nom renouvelé dans ces derniers temps, socialiste. Cent ans juste avant Vico, Grotius avait écrit cette pensée que Vico a reproduite et si admirablement fécondée : un effet universel supposant une cause universelle, une opinion générale ne peut guère venir que de ce que l'on appelle le sens commun : *Universalis effectus requirit universalem causam; talis autem existimationis causa vix ulla videtur esse posse præter sensum ipsum communis qui dicitur* [1]. Mais Grotius en se plaçant au point de vue du droit social, non du droit individuel, s'exposait à ne donner trop souvent, ce qui lui est arrivé, que des théories manquant un peu de précision; il a procédé comme le géomètre qui en-

[1] *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. 1, § 12.

treprendrait de tracer un cercle sans s'occuper du point central [1].

L'assimilation que Grotius fait, dans dans tout le cours de son livre, des guerres publiques aux guerres privées est une idée lumineuse, qui restera toujours féconde et vraie. Elle simplifie bien des difficultés; car il n'y a pas deux droits, l'un politique, l'autre civil, comme Montesquieu le dira plus tard avec beaucoup de précision [2]. Une contestation entre deux peuples, c'est une contestation entre deux êtres qui n'ont pas de supérieur; un procès, c'est une contestation entre deux individus au-dessus desquels est placée une autorité n'ayant d'autre raison d'être que de vider des contestations et d'assurer par la force, s'il le faut, l'exécution de ses sentences. Or, de même que dans un procès les prétentions des parties ne peuvent pas être toutes les deux justes, de même aussi dans une guerre publique, le bon droit ne peut être que d'un côté [3]. Le droit public et le droit civil ont des principes identiques.

Mais il faut bien entendre qu'il ne s'agit ici que du droit parfait, rigoureux, du *suum*, comme disaient les jurisconsultes romains, de ce droit qui comprend la puissance sur autrui ou sur soi-même (*potestas*, *libertas*), la propriété (*dominium*) et la faculté d'exiger ce qui est dû (*creditum*) et fournit la matière des obligations [4].

La doctrine de Grotius sur le droit de propriété a fait une telle fortune dans les écrits de Puffendorf, Montesquieu, Mirabeau et maints autres, qu'il importe de signaler les erreurs qu'elle contient. On sait que Grotius suppose à l'origine des sociétés une communauté de toutes choses, communauté qui n'excluait cependant pas la faculté pour chacun de prendre ce qui était nécessaire pour son usage. L'usage, dit-il, que l'on

[1] V. nos *Principes de droit*, p. 23.

[2] « On dirait qu'il y a deux justices toutes différentes, l'une qui règle les affaires de particuliers, qui règne dans le droit civil; l'autre qui règle les différends qui surviennent de peuple à peuple, qui tyrannise dans le droit public, comme si le droit public n'était pas lui-même un droit civil, non pas à la vérité d'un pays particulier, mais du monde. » *Lettres persanes*, 94.

[3] *Bella ut recta sint non minori religione exercenda quam judicia exerceri solent* (*De jure belli ac pacis*, proleg. XV). *Bellum utrumque justum esse non potest ut nec lis.* (*Ibid.*)

[4] *De jure belli ac pacis*, lib. 1, cap. 1, § 5.

faisait du droit commun à tous les hommes tenait lieu de propriété, et ce n'est que plus tard qu'une convention expresse ou tacite, mais positive, vint fixer la part de chacun, et que la propriété se constitua.

Mais pourquoi Grotius suppose-t-il une communauté, une jouissance indivise, une autorisation divine pour jouir des choses, et une convention de partage, quand il reconnaît que les hommes ont eu de tout temps la faculté de s'approprier les choses nécessaires à leur existence, et que de fait ils en ont usé? Qu'on appelle l'exercice de cette faculté usage ou propriété, le mot importe peu dès que la chose est certaine. Or, dans l'état de communauté que Grotius suppose, la propriété existait sous une dénomination différente. Il eût été plus simple de fonder de suite la propriété sur le droit si naturel du premier occupant, sans imaginer pour l'expliquer, toute une suite de faits, qui à défaut de documents positifs pour les prouver, auront toujours le caractère d'un roman [1].

Si la propriété existait dans l'état de communauté que décrit Grotius, on comprend que sa théorie n'est pas seulement erronée, mais encore contradictoire avec elle-même et nécessairement obscure dans l'exposition qu'il en donne. C'est le reproche qu'il encourra toujours. Ceux qui sont venus après lui et se sont inspirés de ses idées, ne sont pas tombés dans cette contradiction. Aussi est-ce dans les successeurs de Grotius plutôt que dans Grotius lui-même qu'il faut étudier la fameuse doctrine de la communauté négative.

Ce reproche de défaut de netteté, que l'on peut adresser à la théorie de la propriété de notre auteur, on peut l'adresser avec une égale raison à sa théorie du droit de punir. Quel est le principe du droit de punir dans Grotius? l'expiation, la défense individuelle, la défense sociale, voire même l'amendement du coupable? C'est tout cela à la fois peut-être, et ce n'est rien de tout cela précisément. Ce que l'on peut dire de mieux pour exprimer la pensée de Grotius, c'est que chez lui le droit de punir a pour base le principe de l'expiation; que dans son exercice, il est limité par le principe de la défense individuelle et sociale, et que dans l'application de la peine il faut tenir

[1] V. la réfutation complète de la doctrine de la communauté négative dans nos *Principes du droit*, p. 123 et suiv.

compte de l'effet qu'elle peut produire sur la moralité des délinquants. C'est, moins les développements profonds et ingénieux, la théorie du droit de punir présentée de nos jours par Rossi. Il faut rendre au père de la science du droit naturel l'honneur d'avoir introduit l'idée de justice dans le droit pénal, à une époque où toutes les législations criminelles de l'Europe n'étaient qu'un recueil de prescriptions sauvages; mais un principe unique, comme celui de la défense, explique mieux le droit de punir que des doctrines éclectiques si compliquées.

Grotius est plus heureux, sinon plus savant, dans sa doctrine, disons sa défense de la liberté de conscience. Emprisonné, ruiné, exilé pour avoir professé ce qu'il croyait être la vérité religieuse, il devait faire profiter la science du droit des injustices qu'il supportait. Un des premiers, il devait combattre pour le principe de la tolérance, et s'il n'en prononça pas le mot, il n'en doit pas moins être compté, parmi les jurisconsultes, comme le premier champion.

Dans sa théorie sur la souveraineté, il se trouvait placé entre deux écueils, deux excès, que les guerres de la réforme et les divisions intestines de son temps avaient fait apparaître également redoutables. Comme beaucoup de bons esprits, éclairés mais prudents, Grotius répugnait à placer dans le peuple, masse inorganisée, ignorante, brutale à ses yeux, une puissance sans limites, qui pour être exercée avec équité requiert impérieusement une organisation, une délibération préalable et beaucoup de mesure. Le danger sans doute est certain; mais n'y avait-il à choisir qu'entre la souveraineté du prince et celle de cet ensemble de molécules inagrégées qu'on appelle le peuple? Rien ne commande une telle option. Au-dessus de tous, souverains et sujets, règne la justice, le droit, que nul ne peut enfreindre sans se mettre hors du droit et autoriser contre soi la réaction par la force. Grotius soutient qu'un peuple peut se donner sans réserve à un prince, comme un homme peut se faire esclave. Le principe est faux, et l'exemple mal choisi; car jamais un homme ni dans la loi de Moïse, ni dans le droit romain qu'il cite, n'a pu se faire esclave volontairement[1]. D'ailleurs de même qu'en droit écrit une convention ayant une cause déshonnête ne saurait engager, de même

[1] V. nos *Principes du droit*, p. 211 et suiv.

aussi, dans un autre ordre, un homme ou un peuple se donnant tout entier et ne retenant rien, n'auraient pas fait un acte qui les engageât.

Il y a dans toutes les doctrines de la souveraineté et de l'esclavage un malentendu que l'école socialiste de Grotius habituée à s'incliner presque sans examen devant les lois de l'histoire, à transformer le fait en droit, à prendre pour légitime tout fait accompli, ne pouvait reconnaître que difficilement. Un homme puissant, ou une caste, soumet un peuple ; un individu fait un autre esclave ; une nation s'empare par la violence d'un territoire occupé, et, si l'on veut, une soumission expresse, mais forcée, donne une apparence de légitimité à ces actes ; il y a là un fait qui peut durer aussi longtemps que l'empire de la violence, mais dont la durée est nécessairement bornée. Suit-il que le peuple soumis ne puisse revendiquer, quand il le pourra, son indépendance ni l'esclave sa liberté? Devront-ils renoncer à ces biens, quand ils pourront les recouvrer par les mêmes moyens qu'ils les ont perdus, par la force? C'est ce qu'il faudrait démontrer pour justifier l'esclavage et la souveraineté, et la démonstration est encore à faire.

Au surplus, il ne serait pas juste de considérer Grotius comme un théoricien de despotisme malgré ce que sa doctrine, à la première vue, a de rigoureux et d'outré. Par les limites qu'il pose à la souveraineté, par la résistance qu'il autorise contre la tyrannie, c'était presque un libéral, pour son temps. Ce qu'il soutient seulement, c'est que tout pouvoir constitué et accepté a une autorité légitime et durable : il ne va guère au delà.

Nous n'irons pas plus loin dans l'examen des théories de Grotius. Ces théories nouvelles par leur coordination, souvent discutables dans leur exposé, mais justes, pour la plupart, dans leurs résultats, n'ont pu apparaître, dans cette esquisse, que dépouillées de l'appareil savant qui caractérise la méthode de notre auteur; c'est une conséquence de cette méthode, que Grotius ne puisse être parfaitement connu que de ceux qui l'étudient dans lui-même. Nous ne pouvions pas descendre à des détails qui auraient caché l'ensemble du monument. Quand on fait dériver le droit des nécessités de l'état social, il faut à chaque pas interroger l'histoire, les précédents, l'opinion commune, les écrits des philosophes et des penseurs de toutes les

sectes ; autrement on s'égarerait dans des utopies. Ainsi procède Grotius ; son livre tout encombré de citations et d'exemples, est une véritable encyclopédie, une source féconde, où tous ses successeurs ont pu puiser sans la tarir.

Si l'on cherche, maintenant, à se rendre compte de l'influence qu'il exerça, on ne peut méconnaître que cette influence fut celle d'un novateur. Bossuet, catholique, l'approuve; Leibnitz le loue; Vico reconnaît en lui son maître; Puffendorff, Wolf et tant d'autres le prennent pour leur guide [1], et de nos jours encore c'est une autorité qu'on ne manque jamais d'invoquer au besoin. C'est le caractère des œuvres vraiment fortes de s'élever au-dessus des discussions d'école; c'est le privilége des esprits vraiment supérieurs de rallier à leurs doctrines, sur un point ou sur un autre, tous ceux qui, dans des camps différents, se donnent à l'examen des mêmes problèmes.

Heureux ces élus de Dieu, qui après une vie de labeur et de méditation, laissent après eux une œuvre qui leur survive, dont la haute intelligence, vouée au progrès de la science, ferme parmi les persécutions, n'a pas ressenti le contre-coup des misères d'ici-bas, et qui peuvent, au déclin de leur existence, se rendre le témoignage d'avoir ajouté, au prix de quelques erreurs, un rayon à ce point lumineux où convergent toutes les voies de la science humaine, la vérité! H. THIERCELIN.

DES EXCUSES EN DROIT CRIMINEL.

Par M. Arthur Desjardins, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Toulon (Var).

DEUXIÈME ARTICLE.

III.

Après avoir traité [2] des excuses en théorie pure et dans l'ancien droit, abordons les textes de notre Code pénal.

Il y a dans le Code pénal : 1° des excuses absolutoires, 2° des excuses atténuantes.

[1] V. Bossuet, *Cinquième avertissement aux protestants*; *Lettres de Leibnitz*, édit. de Dutens, et *Vie de Vico*, écrite par lui-même.

[2] V. le tome XIV de la *Revue*, p. 517.

A. Excuses absolutoires.

Nous voyons plusieurs cas d'excuse absolutoire dans notre législation criminelle.

1° Aux termes de l'article 247 du Code pénal, les peines d'emprisonnement établies, en cas d'évasion, contre les conducteurs ou gardiens négligents, cessent lorsque les évadés sont repris ou représentés, pourvu que ce soit dans les quatre mois, et qu'ils ne soient pas arrêtés pour d'autres délits commis postérieurement.

L'article 13 de la loi du 14 vendémiaire an VI, qui, du reste, ne voyait là qu'un cas d'excuse atténuante, accordait un plus long délai. Les condamnés devaient être repris dans les *six mois* de leur évasion. Le Code pénal a voulu donner une prime plus forte à une réparation plus prompte. Ce n'est pas dans le fait matériel de la réintégration qu'il faut chercher la source de l'excuse. Le système de la loi de vendémiaire an VI était vicieux : le gardien restait sous le coup de la loi répressive, même s'il avait, par un prodige d'activité, ressaisi le fugitif dans les vingt-quatre heures. Aujourd'hui le gardien négligent doit, du fond même de sa prison, s'il est détenu lui-même, tout mettre en œuvre pour faire arrêter les évadés aux premiers moments de leur fuite [1].

2° Aux termes de l'article 248 du Code pénal, ceux qui recèlent ou font recéler des personnes coupables d'avoir commis des crimes emportant peine afflictive, sont punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. Sont exceptés de cette disposition les ascendants ou descendants, époux ou épouses, frères ou sœurs des criminels recélés, ou leurs alliés au même degré.

Il nous semble évident que cette excuse absolutoire doit être appliquée, quelle que soit la nature des crimes emportant peine afflictive. Aux termes de l'article 6 de la loi du 24 brumaire an VI, tout habitant de l'intérieur de la république convaincu d'avoir recélé sciemment la personne d'un déserteur est condamné à l'emprisonnement et à l'amende. Ce délit est aujourd'hui prévu et puni par l'art. 242 du Code pénal milit. Si le re-

[1] V. une bizarre extension donnée à l'article 249 du Code pénal par l'arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour de Paris, du 15 mars 1816. Sirey, XVI, 2, 155.

céleur est une des personnes désignées par l'art. 248-2° du Code pénal, je vois là un cas d'excuse absolutoire. Sans doute un avis du Conseil d'État, du 28 avril 1809, approuvé par l'Empereur le 14 mai de la même année, déclarait les peines infligées aux recéleurs des conscrits déserteurs applicables aux pères qui donnent asile à leurs enfants. Mais cet avis est antérieur à la promulgation du Code pénal. D'ailleurs cet avis serait abrogé par l'article 275 du Code pénal militaire [1]. Nous appliquerions donc aujourd'hui la doctrine du tribunal de Bruges, jugeant en appel, le 29 août 1812, qu'un père ne peut être déclaré coupable du recel de son fils déserteur, et non celle de la Cour suprême, cassant ce jugement par arrêt du 7 novembre 1812.

3° « Il ne sera prononcé aucune peine, pour le fait de sédition » contre ceux qui, ayant fait partie de ces bandes sans y exercer » aucun commandement et sans y remplir aucun emploi ni » fonctions, se seront retirés au premier avertissement des au- » torités civiles ou militaires, ou même depuis, lorsqu'ils n'au- » ront été saisis que hors des lieux de la réunion séditieuse, » sans opposer de résistance et sans armes. — Ils ne seront » punis, dans ces cas, que des crimes particuliers qu'ils au- » raient personnellement commis, et néanmoins, ils pourront » être renvoyés, pour cinq ans ou au plus jusqu'à dix, sous la » surveillance spéciale de la haute police. » (Art. 100 C. pén.)

C'est là un cas d'excuse. La Cour d'assises de Maine-et-Loire avait refusé de poser au jury une question dont la solution affirmative devait faire profiter les accusés du bénéfice de l'article 100 du Code pénal. Cet arrêt fut cassé par la Cour suprême le 5 octobre 1833 : l'arrêt de cassation visait les articles 389 du Code d'instruction criminelle, 65 et 100 du Code pénal. C'était reconnaître que les faits énoncés dans l'article 100 pouvaient servir de base à une excuse.

De plus, c'est, à notre avis, une excuse absolutoire. Que dit le premier paragraphe de l'article 100? *Il ne sera prononcé aucune peine*. En effet, si le législateur laisse au juge la *faculté* de renvoyer les accusés sous la surveillance de la haute police, c'est une mesure de précaution que celui-ci pourra prendre ou

[1] Art. 275. Sont abrogés, en ce qui concerne l'armée de terre, toutes les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation, à la compétence et à la procédure des tribunaux militaires, ainsi qu'à la pénalité en matière de crimes et de délits militaires.

rejeter à son choix. Mais on ne saurait voir là une atténuation de la peine de mort, de la peine de la déportation et de celle des travaux forcés édictées par les articles 97, 98 et 99.

Ce que la loi veut avant tout, c'est que les personnes ainsi réunies *se soient retirées*. On s'est demandé si la preuve d'une retraite *volontaire* était indispensable. Un arrêt de cassation, du 2 mai 1833, déclare que « peu importe que, dans les termes, » la question proposée ne porte pas que l'accusé s'est retiré » volontairement[1]. »

D'ailleurs, l'article 100 laisse expressément sous l'application des lois pénales particulières les crimes ou délits personnels au coupable excusé.

Quand on vota la loi des 24 et 25 mai 1834, sur les détenteurs d'armes ou de munitions de guerre, une discussion s'engagea sur l'article 5, ainsi conçu : « Seront punis de la détention » les individus, qui, dans un mouvement insurrectionnel, auront » porté soit des armes apparentes ou cachées, ou des muni- » tions, soit un uniforme ou costume, ou autres insignes civils » ou militaires.

» Si les individus porteurs d'armes apparentes ou cachées, ou » de munitions, étaient revêtus d'un uniforme, d'un costume » ou d'autres insignes civils ou militaires, ils seront punis de » la déportation. »

On se demandait, en discutant le premier paragraphe de cet article si les articles 100 et 213 du Code pénal pouvaient se concilier avec la loi. A la chambre élective, M. Pataille déclara que l'intention de la commission était de maintenir l'article 100 du Code pénal. M. Charamaule regardait la conciliation comme impossible : c'était aussi l'avis de M. Teste. Alors M. Odilon Barrot, tout en considérant les articles 100 et 213 du Code pénal comme parfaitement conciliables avec la loi de 1834, demanda qu'on levât tous les doutes. « Pour ma part, dit-il, je ne demande qu'une » chose : c'est qu'on déclare qu'on n'entend pas déroger au » Code pénal; que les articles 100 et 213 ne sont pas abrogés. »

[1] Mais, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (30 août 1832), il ne suffit pas que jury ait constaté par sa réponse le fait de l'arrestation, *hors du lieu* de la sédition. Le jury doit encore déclarer que l'accusé *s'est retiré* du lieu de la sédition, soit au premier avertissement de l'autorité, soit depuis.

Il est inutile, répondit M. Renouard, d'insérer dans la loi les articles du Code pénal auxquels il n'est pas dérogé. Du reste, on lit dans le rapport du comte Siméon, à la Chambre des pairs : « Que l'on soit arrêté sur le lieu de l'insurrection ou après, on » sera susceptible d'accusation, si l'on y était en armes; mais, » si l'on se retire sur la première sommation, on pourra invo- » quer la disposition du Code pénal qui exempte de la peine. » Ainsi les Chambres ont entendu maintenir le bénéfice de l'excusabilité. Néanmoins la Cour de cassation, le 28 septembre 1849, a déclaré que la loi du 24 mai 1834 était *spéciale, et dès lors exclusive de l'application de l'article* 100 *du Code pénal.* Que veut donc la Cour suprême, après les déclarations formelles des commissions législatives?

La Cour suprême est allée plus loin; elle a décidé que l'article 100 du Code pénal ne pouvait s'appliquer aux crimes prévus par l'article 91, c'est-à-dire à l'attentat dont le but est d'exciter la guerre civile, ou de porter la dévastation, le meurtre et le pillage dans une ou plusieurs communes. Sur quel texte peut-elle s'appuyer? Ces mots « pour le fait de sédition » s'appliquent tres-bien aux crimes prévus par l'article 91 : quant aux mots « ces bandes, » ils se réfèrent aux expressions de l'article 99; or l'article 99, en punissant les recéleurs des bandes armées, n'a pas voulu, sans doute, excepter les plus coupables.

4° Nous n'avons qu'à citer l'article 213 du Code pénal : « En » cas de rébellion avec bande ou attroupement, l'article 100 » du présent Code sera applicable aux rebelles sans fonctions » ni emplois dans la bande, qui se seront retirés au premier » avertissement de l'autorité publique ou même depuis, s'ils » n'ont été saisis que hors du lieu de la rébellion, et sans nou- » velle résistance et sans armes. » Ce n'est pas une redite. Il s'agit ici de la rébellion proprement dite, c'est-à-dire d'une résistance avec force et violence commise envers les représentants de l'autorité publique agissant pour l'exécution des lois [1].

5° La loi donne le bénéfice d'une excuse absolutoire aux auteurs de complots ou autres crimes attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, dans deux cas distincts (art. 108 C. pén.).

[1] Cf. art. 4 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements.

A. Il y a révélation, et le révélateur, avant tout commencement d'exécution et avant toute poursuite commencée, a le premier donné connaissance du crime.

B. Il y a révélation, et le révélateur, après l'exécution et depuis le commencement des poursuites, a procuré l'arrestation des auteurs.

Premier cas. D'après un jugement du tribunal de Blois, du 23 août 1816, la révélation du crime suffit, sans qu'il faille indiquer toutes les circonstances et les noms des conspirateurs, ce qui rentre dans le second cas d'exemption.

Deuxième cas. Même dans ce second cas, il suffit que le révélateur indique et fasse arrêter l'*un* des coupables encore en liberté. C'est la jurisprudence de la Cour de cassation.

6° La loi (art. 138 C. pén.) donne le bénéfice d'une excuse absolutoire aux auteurs du crime de contrefaçon ou d'altération des monnaies d'or, d'argent, de billon ou de cuivre ayant cours légal en France, dans deux cas distincts :

A. Il y a révélation, et le révélateur, avant la consommation du crime et avant toute poursuite, en a donné connaissance et indiqué les auteurs.

B. Il y a révélation, et le révélateur, après les poursuites commencées, a procuré l'arrestation des autres coupables.

Premier cas. Il résulte de la discussion au Conseil d'État que, contrairement à la théorie de l'article 108, le législateur s'abstient de frapper tous les révélateurs et non pas seulement le premier révélateur.

Premier et deuxième cas. Il suffit que la dénonciation ait précédé la *consommation* du crime. MM. Chauveau et F. Hélie critiquent très-justement un arrêt de la Cour suprême qui, dans l'espèce, assimile la tentative à la consommation (art. 138).

7° Art. 144 C. pén. « Les dispositions de l'article 138 sont » applicables aux crimes mentionnés dans l'article 139. » Il nous suffit de rappeler les dispositions de l'article 139. Le Code punit des travaux forcés à perpétuité ceux qui auront contrefait le sceau de l'État ou fait usage du sceau contrefait, ceux qui auront contrefait ou falsifié, soit des effets émis par le Trésor public avec son timbre, soit des billets de banques autorisées par la loi ou qui auront fait usage de ces effets et billets contrefaits ou falsifiés, ou qui les auront introduits dans l'enceinte du territoire français.

8° Art. 357 C. pén. « Dans le cas où le ravisseur aurait épousé » la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la » plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit » de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que » la nullité du mariage aura été prononcée. »

Ainsi quand le mariage a suivi l'enlèvement, et tant que la nullité du mariage n'est pas prononcée, le ravisseur échappe à toute pénalité. De plus il ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage. Mais après la demande en nullité, la loi criminelle attend encore une plainte spéciale. La théorie contraire de M. Mangin est formellement contredite par le texte de l'article 357 ; quant aux distinctions proposées par les auteurs de la *Théorie du Code pénal*, qui aboutiraient à donner au ministère public le droit de poursuivre sans la plainte des demandeurs quand la nullité du mariage est une fois prononcée, elles sont en opposition manifeste avec l'exposé des motifs : « Il ne suffit pas, pour que l'é- » poux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du » mariage ait été demandée ; il faut encore qu'en effet le mariage » soit déclaré nul. » M. F. Hélie, du reste, professe une autre opinion dans son *Traité de l'instruction criminelle ;* il avoue que le texte est formel et qu'il peut y avoir un grand intérêt à empêcher la poursuite d'un rapt, suivi d'un mariage, même annulé.

La Cour d'assises de la Seine a jugé, le 26 mars 1834, « que » l'exception introduite en faveur du ravisseur ne peut s'étendre » jusqu'au complice. » M. F. Hélie a très-justement critiqué cet arrêt : il ne s'agit pas ici d'un privilége personnel attaché à la qualité du ravisseur ; la loi veut avant tout étouffer le scandale et voiler le crime ; son but est manqué si le ministère public poursuit les complices du rapt.

Il ne faut pas voir des cas d'excuse dans les autres hypothèses où la loi subordonne à la plainte de la partie lésée l'exercice de l'action publique. Ainsi, la chasse sur le terrain d'autrui ne peut être poursuivie que sur la plainte du propriétaire, parce que la loi présume que le propriétaire a consenti au fait de chasse. Ne détournons pas les mots de leur sens véritable. L'excuse, dans la langue vulgaire, repose sur un fait ou sur une qualité personnels à ceux qui l'invoquent.

9° Nous croyons toutefois apercevoir un cas d'excuse absolutoire dans l'article 336 du Code pénal : « L'adultère de

» la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette » faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article » 339. » J'invoque un motif d'excuse absolutoire, peut dire la femme : mon mari entretient une concubine dans la maison conjugale. D'après MM. Chauveau et F. Hélie, ce n'est pas là un cas d'excuse. Mais l'adultère du mari a-t-il été sans influence sur l'adultère de la femme? Celle-ci, voyant son conjoint violer sa foi, n'a-t-elle pas été par là même encouragée à l'oubli de ses devoirs?

A notre avis, une double idée a dicté le second paragraphe de l'article 336 ; le mari s'est rendu indigne de poursuivre le châtiment de l'adultère ; la loi s'abstient de frapper cette femme sacrifiée à une concubine et poussée à bout par cet outrage.

Dans le projet de Code pénal, on limitait le droit de dénonciation du mari au cas où il n'aurait pas connivé lui-même à l'adultère. Cette idée, combattue, finit par disparaître. Je ne trouve, en effet, nul inconvénient à ce que, dans un ménage aussi peu respectable, la femme ne puisse s'armer de cette fin de non-recevoir [1].

Le mari peut-il, de son côté, chercher dans l'adultère de sa femme une fin de non-recevoir et un motif d'excuse? Non, d'après la Cour de cassation [2]. En effet, les déchéances ne se présument pas, et les excuses ne sauraient être créées par voie d'interprétation.

10° « Les soustractions commises par des maris au préjudice » de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, » par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appar- » tenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants » au préjudice de leurs pères et mères ou autres ascendants, » par des pères et mères ou ascendants au préjudice de leurs » enfants ou autres descendants, ou par des alliés aux mêmes » degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. » (380-1°.)

C'est un cas d'*excuse ;* donc l'imputabilité subsiste ; *donc* la soustraction peut devenir une circonstance aggravante d'un autre délit. Ainsi l'a très-bien jugé la Cour suprême [3]. Comment

[1] V. *contra* Mangin, *Traité de l'action publique.*

[2] 9 mai 1821.

[3] Le 21 déc. 1837, à propos d'un meurtre imputé à des enfants sur la personne de leur père.

admettre, se demandent MM. Chauveau et F. Hélie, que le même fait se trouve là couvert par la protection de la loi, ici livré à l'action publique, dans un cas à l'abri de toute incrimination, dans l'autre pris comme élément de la peine la plus rigoureuse? Rien de plus simple. La loi, dans l'hypothèse prévue par l'article 380, craint de troubler le repos des familles; mais dans l'hypothèse de l'arrêt de 1837, quand le foyer domestique vient d'être ensanglanté, cette idée ne peut plus arrêter l'application de la peine.

A quels délits faut-il appliquer précisément cette exemption? L'immunité doit exister pour l'abus de confiance et l'escroquerie. Mêmes motifs, même solution [1]. Toutefois la Cour de cassation décide que l'extorsion est un crime différent du vol [2].

L'article 400 punit le détournement d'objets saisis comme abus de confiance, si le saisi qui commet cet acte coupable avait été constitué gardien, et comme vol, si la garde avait été confiée à un tiers. Un conjoint détourne des objets qui avaient été saisis sur lui à la requête de l'autre; appliquerons-nous l'article 380? Sans doute, si nous ne considérons que les droits du conjoint saisissant et si nous ne voyons la fraude que par rapport aux époux entre eux. Mais la question se déplace si l'on réfléchit que le détournement, 1° porte atteinte aux droits de l'époux saisissant, 2° compromet les droits des autres créanciers, 3° peut compromettre la responsabilité du gardien judiciaire. Dans l'espèce, l'immunité n'est pas applicable; ainsi l'a décidé la Cour de cassation le 18 avril 1857.

Les héritiers qui ont diverti ou recélé des objets de la succession sont déchus, 1° de la faculté de renoncer, 2° du bénéfice d'inventaire, 3° de toute part dans les objets divertis ou recélés (792 et 801 C. Nap.). A notre avis, ces articles 792 et 801 ne doivent pas être regardés comme un obstacle à la peine correctionnelle, parce que le législateur ne s'y est occupé que *des intérêts civils*, et laisse le champ libre à l'action publique.

Les articles 1460 et 1477 du Code Napoléon, comme les arti-

[1] Toulouse, 9 avril 1851. V. dans ce sens les paroles du rapporteur au Corps législatif.

[2] 15 mai 1847.

cles 792 et 801, viennent tempérer l'indulgence de l'article 380 du Code pénal [1].

Les articles 380 du Code pénal et 1460 du Code Napoléon sont-ils indistinctement applicables aux recélés antérieurs et postérieurs à la renonciation? M. Troplong voit là une question d'intention : y a-t-il eu connexité entre la renonciation et la soustraction postérieure, ou autrement, la renonciation n'a-t-elle été qu'un moyen de recéler plus impunément? Dans ce seul cas il faut appliquer la déchéance civile de l'article 1460 et l'immunité de l'article 380 du Code pénal.

M. Troplong ajoute que les complices des recéleurs peuvent être poursuivis criminellement. C'est une question controversée. Voici le texte de l'article 380-2° du Code pénal :

« A l'égard de tous autres individus qui auront recélé ou ap-
» pliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront
» punis comme coupables de vol. »

Le 15 avril 1825, la Cour de cassation décida que l'article 380 prononçait au profit des complices la même exemption de peine qu'au profit des conjoints, ascendants, etc. C'est la solution la plus conforme à ce double principe : 1° les complices suivent le sort de l'auteur principal (59 C. pén.); 2° les lois criminelles doivent être interprétées limitativement : or l'article 380 ne parle que des individus *qui auraient recélé*, etc.

Mais dans notre hypothèse, les *recéleurs*, etc., doivent-ils être poursuivis comme auteurs principaux ou comme complices? L'intérêt de la question est évident. Seront-ils responsables des circonstances aggravantes auxquelles ils n'auront pas personnellement participé? répondront-ils du fait des auteurs principaux? Oui, sans doute, à notre avis. Nous avons reconnu en pareil cas : 1° le délit, 2° l'excuse. Le législateur, dans l'article 380-2° du Code pénal, laisse subsister le délit en effaçant l'excuse, sauf dans un cas déterminé. La conséquence est claire.

11° « Seront punis d'amende, depuis 1 franc jusqu'à 5 francs
» inclusivement... 11° ceux qui, sans avoir été provoqués, au-

[1] Art. 1460. La veuve qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté est déclarée commune nonobstant sa renonciation; il en est de même à l'égard de ses héritiers. Art. 1477. Celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets.

» ront proféré contre quelqu'un des injures, autres que celles » prévues depuis l'article 367 jusques et compris l'article 378. » (Art. 471 C. pén.)

Il résulte de ce texte que la provocation par injures ou violences légères constitue, dans l'espèce, une excuse absolutoire. L'ordre public n'est essentiellement blessé par le délit d'injures entre particuliers que quand ces injures n'ont pas été provoquées, dit un arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 1837.

Un autre arrêt du 18 août 1836 déclare la contravention excusable, quand même l'injure verbale n'aurait pas immédiatement suivi la provocation.

B. Excuses atténuantes.

1° La même peine ne saurait frapper l'homme à tout âge. L'imputabilité ne commence qu'avec la raison. Mais la raison n'atteint pas d'un seul bond son entier développement. Dès lors il semble que le législateur, pour être juste, doive proportionner la peine à la culpabilité. Deux systèmes sont en présence : l'un nous dira que le meilleur moyen d'atteindre un résultat équitable, c'est de laisser au juge une grande latitude; l'autre sentira le danger de ce pouvoir et voudra poser une règle invariable.

Quelle règle? Le Code pénal simplifie toute chose. Il prend un chiffre, un âge fixe. Le juge devra se demander si l'accusé, mineur de seize ans, agissait *avec discernement*. Au-dessus de seize ans, le mineur est majeur aux yeux de la loi criminelle.

Il faut mettre hors des cas d'excuse l'hypothèse de l'article 66 du Code pénal. L'excuse présupposant la culpabilité, le mineur de seize ans qui n'a pas agi avec discernement ne peut pas être *excusé*. Le mineur *acquitté* sera, *selon les circonstances*, remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction *pour y être élevé*. Si le mineur est enfermé, c'est une mesure de *prévision*, *d'éducation bienfaisante*, prise dans son intérêt exclusif. Néanmoins, il faut bien convenir qu'on procède à cette mesure par voie de contrainte, soit envers les parents, dont l'autorité est écartée, soit envers le mineur, privé judiciairement de sa liberté. M. Ortolan caractérise très-bien cette contrainte en l'assimilant à une correction domestique.

Cela posé, comment a-t-on si longtemps confondu sous le

même titre et dans le même établissement les détentions des mineurs de seize ans acquittés et celles de tous les condamnés correctionnellement? Ce système avait un résultat scandaleux : les prévenus acquittés et qui devaient être enfermés dans une maison de correction, interjetaient appel pour faire décider qu'ils avaient agi avec discernement. Le 21 mai 1844 la Cour de Rennes fut saisie de cette question. L'avocat général fit remarquer qu'il n'y avait appel que de la part du prévenu, que la position de celui-ci ne pouvait être aggravée sur l'appel. Il maintenait qu'on ne pouvait plus décider que le mineur avait agi avec discernement, puisqu'alors il devait être déclaré coupable du délit dont il avait été acquitté, et puni de la peine édictée contre l'auteur du délit. La Cour, contrairement à ces conclusions, considéra comme évident, d'après les allégations du prévenu, qu'il avait agi avec discernement, et infirma le jugement.

La loi des 5-12 août 1850 a modifié sur ce point notre système pénitentiaire. Les jeunes détenus acquittés et non remis à leurs parents sont conduits dans une colonie pénitentiaire, ils y sont élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués aux travaux de l'agriculture, ainsi qu'aux principales industries qui s'y rattachent. Néanmoins la doctrine reproche à la loi de 1850 de n'avoir pas séparé radicalement, dans l'exécution, ces deux catégories tout à fait distinctes suivant la justice et suivant le texte de notre Code pénal : « les mineurs condamnés et les » mineurs acquittés. »

Le législateur protége tous ceux dont la seizième année n'est pas accomplie, par une présomption de non-discernement, par un changement de juridiction, par une atténuation de la peine.

L'article 68 du Code pénal soustrait en principe les accusés de moins de seize ans à la juridiction des Cours d'assises. Le législateur a voulu sans doute épargner au mineur la flétrissure des débats au grand criminel. Toutefois, on a remarqué que les jurés étaient les juges naturels des accusés mineurs de seize ans comme des autres : croit-on que les jurés sauraient moins bien que les tribunaux permanents faire la part des passions et de la légèreté du mineur? D'ailleurs, le législateur est forcé de déroger en toute hâte à son nouveau principe. La Cour d'assises est compétente si le crime dont le mineur est prévenu entraîne la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, de la

déportation ou de la détention, ou si le mineur a des complices présents âgés de plus de seize ans, à cause de l'indivisibilité de la procédure [1].

La Cour d'assises ne peut se déclarer incompétente après avoir reconnu que l'accusé a moins de seize ans. En effet les arrêts des chambres d'accusation, qui ne sont qu'indicatifs de juridiction à l'égard des tribunaux correctionnels sont attributifs de cette juridiction pour les Cours d'assises; et les Cours d'assises, étant investies de la plénitude de la justice criminelle, ne doivent jamais se déclarer incompétentes, soit à raison de la nature des faits, soit à raison de la qualité des personnes [2].

Si le juge d'instruction reconnaît que le mineur de seize ans, poursuivi pour crime, est justiciable du tribunal de police correctionnelle, il peut prononcer le renvoi à ce tribunal sans examen par la chambre d'accusation. La Cour de cassation l'avait ainsi jugé pour la chambre du conseil, avant la loi votée le 18 juin 1856 [3]. Si les attentats, envisagés abstractivement, constituent des crimes, mais si l'on doit les considérer en appréciant la gravité qu'ils reçoivent de leur perpétration par l'agent du délit, le faux témoignage rendu en pareille affaire devant les tribunaux correctionnels est puni conformément à l'article 362 du Code pénal, et non comme le faux témoignage en matière criminelle. Ainsi l'a jugé la Cour d'Angers [4].

Du reste la question de discernement doit être posée et résolue même pour contraventions de simple police. Néanmoins nous ne croyons pas avec la Cour suprême que le juge de police puisse à la suite d'un acquittement ordonner que le mineur soit détenu dans une maison de correction, conformément à l'article 66 du Code pénal, ni qu'il soit obligé, en cas de condamnation, de diminuer la peine conformément à l'article 69. D'abord, le Code ne parle dans les articles 66 et suivants, que de crimes et de délits. En outre ces condamnations ont trop peu de gravité, la peine est trop légère 1° pour qu'il soit possible de renvoyer le mineur dans une maison de correction, 2° pour qu'il soit nécessaire d'abaisser la peine.

[1] Il n'est plus dérogé aujourd'hui à l'article 68 du Code pénal par les lois sur la presse.

[2] Arrêts de la Cour de cassation, des 20 avril, 13 juillet, 14 septembre 1827, 5 juillet 1821.

[3] 20 avril 1850.

[4] 15 janvier 1850.

La question de discernement doit être posée dans les matières spéciales aussi bien que pour les délits prévus par le Code. Le ministère public ayant prétendu que l'excuse atténuante résultant de la minorité ne pouvait s'appliquer aux matières spéciales, par exemple, aux infractions prévues par la loi sur la police de la chasse, la Cour de cassation répondit que les articles 66 et suivants du Code pénal avaient pour objet de subvenir dans tous les cas à la faiblesse de l'âge, et rejeta le pourvoi[1].

Doit-on poser au jury la question de savoir si l'accusé a moins de seize ans ? La Cour de cassation s'était d'abord prononcée pour la négative : elle est revenue sur cette jurisprudence le 26 septembre 1850. Cette question ayant pour objet un fait essentiellement modificatif de la criminalité, doit être posée au jury toutes les fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou les résultats du délit paraissent l'indiquer.

Une seule difficulté sérieuse s'est élevée sur les dispositions de l'article 67 du Code pénal qui règlent l'atténuation de la pénalité.

Quand cet article édicte une peine correctionnelle pour un temps *égal au tiers au moins de celui pour lequel* l'accusé aurait pu être condamné, est-ce le tiers du *minimum* ou du *maximum ?* La jurisprudence décide qu'il ne faut pas s'attacher au *maximum :* mais, d'autre part, faudrait-il s'attacher au *minimum,* comme semble l'indiquer l'auteur du *Répertoire du droit criminel,* à l'article *mineurs ?* La Cour suprême devrait-elle casser un arrêt de Cour d'assises qui l'entendrait autrement ? Nous ne le pensons pas : le texte de l'article 67 résiste à cette interprétation.

Le mineur peut être condamné à des dommages-intérêts ; peut-il défendre à cette action civile sans l'autorisation du tuteur ? La Cour de cassation donne une solution négative : on invoque dans ce sens les formes ordinaires de procédure devant nos juridictions répressives, qui ne comportent point l'appel en cause des tuteurs et autres représentants légaux.

La contrainte par corps en matières criminelle, correctionnelle et de simple police ne sera exercée dans l'intérêt de l'État ou des particuliers, contre des individus âgés de moins de seize ans accomplis à l'époque du fait qui a motivé la poursuite,

[1] 3 février 1849.

qu'autant qu'elle aura été formellement prononcée par le jugement de condamnation. (Art. 9 de la loi du 13 déc. 1848.)

La Cour de cassation applique la prescription de trois ans aux faits qualifiés *crimes*, et justiciables des tribunaux correctionnels en raison de l'âge de l'accusé. (22 mai 1841.)

2° La participation à l'émission de monnaies contrefaites ou altérées est punie des travaux forcés à temps ou à perpétuité, selon certaines distinctions (art. 132-134 C. pén.). Celui qui fait sciemment usage desdites pièces participe sans doute à l'*émission*; il commet une fraude évidente, mais il ne faut pas le traiter sans pitié, parce qu'il aura cherché à rejeter sur tout le monde la perte dont il était personnellement menacé. L'imputabilité subsiste sans doute, mais à un moindre degré (art. 135 C. pén.) : cette excuse est fondée sur une idée de justice. Elle doit être soumise au jury dès que la position de la question est requise, à peine de nullité [1].

Les auteurs de la *Théorie du Code pénal* remarquent avec raison que, le crime de participation à l'émission étant converti en simple délit, et les tentatives du délit n'étant considérées comme *délits* que dans les cas déterminés par la loi, la simple tentative d'une émission de pièces qu'on sait être fausses, mais qu'on a reçues pour bonnes, n'est pas punissable.

3° La publication ou distribution d'écrits où ne se trouve pas l'indication vraie du nom de l'auteur et de l'imprimeur est punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, aux termes de l'article 283 du Code pénal. Mais l'article 284 établit une excuse atténuante en faveur des crieurs, afficheurs, vendeurs ou distributeurs qui auront fait connaître la personne de laquelle ils tiennent l'écrit imprimé, de quiconque aura fait connaître l'imprimeur, de l'imprimeur même qui aura fait connaître l'auteur.

MM. Chauveau et F. Hélie déclarent le dernier paragraphe de l'article 284 abrogé par la loi du 21 octobre 1814. L'article 17 de cette loi est ainsi conçu : « Le défaut d'indication de la part » de l'imprimeur, de son nom et de sa demeure, sera puni d'une » amende de trois mille francs. L'indication d'un faux nom et » d'une fausse demeure sera punie d'une amende de six mille » francs sans préjudice de l'emprisonnement prononcé par le » Code pénal. » Le Code de 1810 n'exigeait que la désignation

[1] Arrêt de la Cour de cassation, du 26 juin 1845.

de l'auteur ou de l'imprimeur : la loi de 1814 exige expressément la mention des nom et demeure de l'imprimeur. Dès lors la révélation du nom de l'auteur ne constituerait plus une excuse. Tel n'est pas notre avis. Si la demeure et le nom de l'imprimeur ne sont pas indiqués, c'est une infraction à la loi du 21 octobre 1814; il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 284 du Code pénal. Mais si l'ouvrage contient une fausse indication du nom de l'auteur, il y a lieu d'appliquer l'article 283. Dès lors, pourquoi refuser à l'imprimeur le bénéfice de l'excuse établie par l'article 284?

MM. Chauveau et F. Hélie soutiennent encore que le second paragraphe de l'article 284 ne peut plus être invoqué par les distributeurs ayant la qualité de libraires : ils se fondent sur l'article 19 de la loi du 21 octobre 1814, ainsi conçu : « Tout » libraire chez qui il sera trouvé ou qui sera convaincu d'avoir » mis en vente ou distribué un ouvrage sans nom d'imprimeur, » sera condamné à une amende de deux mille francs... L'amende » sera réduite à mille francs si le libraire fait connaître l'impri- » meur. » Mais s'il y avait un *faux nom* d'imprimeur? Le cas n'est pas prévu par cet article 19 : dès lors, pourquoi refuser au libraire distributeur, puni par l'article 283, le bénéfice de la révélation que lui donne l'article 284? On peut avoir intérêt à connaître cet imprimeur qui cache son nom : la meilleure preuve se tire de l'article 19 lui-même, fait pour une hypothèse analogue et qui réduit l'amende de moitié.

4° Article 285 du Code pénal. « Si l'écrit imprimé contient » quelques provocations à des crimes ou délits, les crieurs, af- » ficheurs, vendeurs ou distributeurs seront punis comme com- » plices des provocateurs, à moins qu'ils n'aient fait connaître » ceux dont ils tiennent l'écrit contenant la provocation.

» En cas de révélation, ils n'encourent qu'un emprisonnement » de six jours à trois mois; et la peine de la complicité ne » restera applicable qu'à ceux qui n'auront point fait connaître » les personnes dont ils auront reçu l'écrit imprimé, et à l'im- » primeur, s'il est connu. »

5° L'article 287 du Code pénal punit toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs.

L'article 288 réduit la peine d'emprisonnement et l'amende à des peines de simple police 1° à l'égard des crieurs, vendeurs

ou distributeurs qui auront fait connaître la personne qui leur a remis l'objet du délit; 2° à l'égard de quiconque aura fait connaître l'imprimeur ou le graveur; 3° à l'égard même de l'imprimeur ou du graveur qui auront fait connaître l'auteur ou la personne qui les aura chargés de l'impression ou de la gravure.

Il faut remarquer :

1° A l'égard des crieurs et distributeurs, que si la délation peut atténuer la peine édictée par l'article 287, ils n'en resteraient pas moins soumis d'abord à l'article 22 du décret organique sur la presse, qui prohibe l'exposition et la mise en vente de dessins, gravures, etc., sans l'autorisation préalable de l'administration, et punit les contrevenants d'une amende de 100 à 1000 fr., et d'un emprisonnement d'un mois à un an; ensuite à l'article 6 de la loi des 27-29 juillet 1849, qui enjoint à tous les distributeurs ou colporteurs de se munir d'une autorisation générale délivrée, pour le département de la Seine, par le préfet de police, et pour les autres départements, par les préfets, et punit les contrevenants d'une amende de 25 à 500 fr., et d'un emprisonnement d'un mois à six mois.

2° A l'égard des imprimeurs, que le système du Code pénal est modifié par l'article 24 de la loi du 17 mai 1819, ainsi conçu : « Les imprimeurs d'écrits dont les auteurs seraient mis en jugement en vertu de la présente loi, et qui auraient rempli les » obligations prescrites par le titre II de la loi du 21 octobre » 1814, ne pourront être recherchés pour le simple fait d'im» pression de ces écrits, à moins qu'ils n'aient agi sciemment, » ainsi qu'il est dit à l'article 60 du Code pénal... »

6° L'article 343 du Code pénal établit une excuse atténuante dans le cas de séquestration, quand les coupables ont rendu la liberté à la personne séquestrée avant le dixième jour accompli. Mais si déjà des poursuites ont été *nominativement* dirigées contre eux, ils sont déchus de ce bénéfice. « La loi commue la » peine en faveur du repentir, » dit l'exposé des motifs.

7° L'article 440 punit des travaux forcés à temps le pillage commis en réunion ou bande ouverte; mais aux termes de l'article 441, tous ceux qui prouveront avoir été entraînés par des provocations ou sollicitations pourront n'être punis que de la réclusion. Quand y aura-t-il provocation ou sollicitation? C'est une question de fait : les auteurs de la *Théorie du Code*

pénal avancent donc peut-être avec quelque témérité « qu'il ne » faudrait pas ranger dans cette catégorie les dons et promesses » agréés par l'accusé. » Le jury appréciera.

Mais le mécanisme de l'article 441 du Code pénal est tout spécial. Une fois la question posée au jury et résolue affirmativement, le juge n'est pas obligé d'atténuer la peine : la loi lui confère une *faculté*.

8° Code pénal, livre III, titre 2, section 3, § 2. Articles 321, 322, 323, 324, 325 et 326.

Ces articles sont précédés d'une rubrique ainsi conçue : « Crimes et délits excusables et cas où il peuvent être excusés. » L'inexactitude de ce langage est évidente. La théorie des excuses n'est pas resserrée tout entière dans les articles 321-326. La doctrine et la jurisprudence ont largement interprété le langage du Code; la Cour de cassation a reconnu, dans la plupart des cas ci-dessus énumérés, qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 339 du Code d'instruction criminelle, et de poser au jury, à peine de nullité, la question prévue par cet article. Le Code pénal ne s'occupe ici que de la provocation.

I. *Provocation par coups et violences graves envers les personnes.*

Article 321. « Le meurtre, ainsi que les blessures et les coups, » sont excusables s'ils ont été provoqués par des coups ou » violences graves envers les personnes. » Le conseiller d'État Faure, dans la séance du 7 février 1810, avait déterminé le caractère essentiel de la provocation; cette provocation doit être violente, et d'une violence telle que le coupable n'ait pas eu, au moment même de l'action qui lui est reprochée, *toute la liberté d'esprit* nécessaire pour agir avec une mûre réflexion. Mais comme l'excuse constitue une exception, il ne faut pas seulement se demander si la provocation a dû altérer la liberté de l'agent; il faut avant tout s'attacher au texte de la loi.

Le meurtre, d'après la loi, doit avoir été provoqué par des coups ou violences physiques : ainsi l'injure ne saurait être admise comme excuse, non plus que la menace. La solution change, si la menace vient à constituer une violence grave. Ainsi la Cour de cassation a reconnu « que la provocation vio- » lente peut exister sans blessure effectuée, mais par la seule » menace avec une arme meurtrière approchée du corps. » (15 messid. an XIII.)

Mais la violence envers une personne autre que celle qui a commis l'homicide ou porté les coups rentre-t-elle dans les prévisions de l'article 321? Bentham a dit très-bien[1] : « Mais » ne peut-on défendre que soi-même? ne doit-on pas avoir le » droit de protéger son semblable contre une agression in- » juste?.... La loi doit bien se garder d'affaiblir cette géné- » reuse alliance entre le courage et l'humanité. Qu'elle honore » plutôt, qu'elle récompense celui qui fait la fonction de magis- » trat en faveur de l'opprimé; il importe au salut commun que » tout honnête homme se considère comme le protecteur naturel » de tout autre. » D'ailleurs on peut aujourd'hui tirer argument du texte si vague de l'article 321 et du texte si précis de l'article 328. L'article 321 dit : *les personnes*, sans rien spécifier : l'article 328, fait pour le cas de légitime défense, justifie les blessures et les coups commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

La provocation qui atténue les coups et les blessures commis envers les particuliers cesse, d'après la Cour de cassation, de constituer une excuse, quand ces blessures et ces coups sont portés à des dépositaires de la force publique. Mais cette solution ne peut-elle pas être combattue? Le dépositaire de la force publique, dit la Cour, est toujours présumé, lorsqu'il agit au nom de la loi, ne faire que ce qu'elle lui permet. Mais quoi! cette présomption de légalité ne tombe-t-elle pas devant la preuve de violences coupables? Il ne s'agit pas de discuter le droit absolu du citoyen qui repousse la violence par la violence, mais de mesurer la culpabilité du prévenu : la qualité de fonctionnaire chez le provocateur n'anéantit pas les éléments constitutifs de la provocation. L'article 321, remarque ensuite la Cour suprême, n'a trait qu'aux *délits contre les particuliers*. D'abord les auteurs reconnaissent unanimement qu'on ne peut invoquer la classification des matières et la rubrique des chapitres du Code pénal dans la discussion de nos lois criminelles. « Si » les règles relatives à la provocation et à la légitime défense, » disent MM. Chauveau et F. Hélie, ont été placées sous le titre » de crimes et délits contre les particuliers; c'est que les vio- » lences contre les particuliers, plus communes, donnent lieu » à une application plus fréquente de ces dispositions. » Pour-

[1] *Principes du Code pénal*, 2e édition, p. 52.

quoi, d'ailleurs, la Cour de cassation reconnaît-t-elle que la question de la légitime défense, dans notre espèce, peut être proposée par le prévenu et doit être posée au jury[1]? N'y a-t-il pas là contradiction flagrante? Enfin pourquoi le législateur déroge-t-il à la théorie des excuses pour le seul cas de parricide, s'il veut soustraire les fonctionnaires publics à la règle commune?

Le parricide n'est jamais excusable, dit l'article 322. Cet article doit-il être restreint au seul cas de parricide : par exemple, la provocation rend-elle excusables les coups portés par un fils à son père? M. Monseignat, il est vrai, s'exprimait ainsi : « A l'égard de tous autres que les auteurs de nos jours, *les* » *blessures*, *les coups*, l'homicide même peuvent être excu- » sables..... » Mais le rapport de la commission législative n'est pas la loi. L'article 323 déroge à la théorie des excuses : une extension de cette dérogation serait contraire à toutes les règles d'interprétation des lois pénales.

Cet article 323 ne nous semble pas exclure l'excuse atténuante accordée au mineur de seize ans. Cette solution, conforme au texte de l'exposé des motifs, nous paraît encore la plus équitable. Nous n'en sommes plus au système de notre ancienne jurisprudence française qui, pour les crimes atroces, faisait fléchir l'excuse de la minorité.

II. *Provocation par escalade ou effraction.*

Il faut bien établir, dans cette hypothèse, la différence entre la légitime défense et l'acte commis en état de provocation. Il y a légitime défense et partant justification :

1° Si l'escalade ou l'effraction a été commise pendant la nuit. (322-2° et 329.)

2° Si l'agression change de nature et offre un danger pour la vie même des habitants de la maison. En effet, il y a lieu d'appliquer alors l'article 328. Au contraire, les actes énumérés par l'article 322-1° doivent être simplement constitutifs de la provocation. Exemple : il s'agit d'une simple violation de domicile ; la vie des habitants n'est pas en danger ; mais ils ignorent les projets de l'assaillant : l'homicide et les blessures sont excusables.

[1] 13 janvier 1827.

Modifions l'hypothèse : il s'agit d'une simple violation de domicile et les habitants connaissent très-bien les projets de l'assaillant. Exemple : *Gaius Seius* entretient avec la fille de *Lucius Titius* des relations qui déplaisent à *Lucius Titius* : il escalade les murs d'un jardin situé dans l'enceinte générale de l'habitation de *Lucius Titius* et pouvant y donner accès. *Gaius Seius* est sans armes; ses desseins sont connus : *Lucius Titius* le rencontre et le tue. Cet homicide n'est pas justifiable, sans nul doute; mais peut-il être excusé? Nous distinguons : si *Lucius Titius*, armé par hasard, voit soudain l'amant de sa fille et le tue dans un transport de colère au moment de l'escalade, l'homicide est excusable. Mais si *Lucius Titius*, armé d'avance, attend *Gaius Seius* et le tue de propos délibéré, l'article 322 du Code pénal est inapplicable : 1° parce que le meurtre n'a pas été commis en *repoussant* l'escalade (322); 2° parce que, cette fois, le meurtre devient un assassinat (296-298, 322); 3° parce que l'acte n'est pas commis en état de provocation (Locré, t. XXX, p. 476). Il y a lieu, par conséquent, d'appliquer l'article 302 qui déclare que *tout coupable d'assassinat sera puni de mort.*

Mais l'escalade et l'effraction commises *pendant la nuit*, quand elles ne peuvent constituer un moyen de légitime défense pour l'agent du délit peuvent-elles être regardées comme des éléments de la provocation? La loi pénale, peut-on dire, est inextensible : or l'article 322 ne parle que de l'escalade et de l'effraction commises pendant le jour. A notre avis, dès qu'il y a *légitime défense incomplète*, l'acte peut être regardé comme étant commis en état de provocation [1].

III. *Provocation considérée comme excuse du meurtre entre époux.*

Le meurtre entre époux n'est pas excusable, dit d'abord l'article 324. A cette dérogation deux exceptions. Le meurtre entre époux est excusable.

1° Si la vie du conjoint qui a commis le meurtre a été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu. Ici encore il faut bien distinguer la légitime défense de l'acte commis en état de provocation. Le meurtre est *justifié*, si le conjoint n'a dû son salut qu'au fait incriminé; le meurtre est *excusé*, si

[1] Cf. le rapport de M. Monseignat.

le conjoint, malgré le danger, n'était pas dans la nécessité absolue de repousser ces violences par l'homicide;

2° Dans le cas d'adultère 1° si le meurtre est commis par le mari; 2° s'il l'a commis à l'instant même où il a surpris l'adultère; s'il a surpris l'adultère dans sa propre maison. Ces circonstances réunies, l'excusabilité s'étend au complice.

Le Code pénal n'excuse que le mari : le Code Sarde excuse également la femme : la loi française a cédé cette fois à la tradition et au vieux préjugé. M. Ortolan préfère avec raison le système du Code pénal de Sardaigne.

Il ne faut pas, pour résoudre cette question : Y a-t-il flagrant délit? se référer à la définition de l'article 41 du Code d'instruction criminelle. Le flagrant délit dont il s'agit dans l'article 324, ce n'est pas le cas où le prévenu *est surpris par la clameur publique*, ni le cas où il est trouvé nanti *d'effets qui font présumer* sa culpabilité. Il faut et il suffit que la femme et son complice aient été surpris ensemble dans une situation qui ne permette pas de douter que l'adultère vient d'être commis ou va se commettre.

L'adultère doit avoir été surpris dans la maison conjugale. La maison conjugale, ce sont les lieux qui servent d'habitation aux époux; où chacun a le droit de se présenter, d'aller et venir sans sortir de chez soi. Les époux occupent la maison tout entière et ses dépendances? la maison tout entière et ses dépendances seront alors la maison commune; et si le mari trouve sa femme et le complice dans un pavillon placé au bout du jardin attenant à cette maison, il les aura bien rencontrés *dans la maison conjugale* [1].

Après la séparation de corps, le domicile du mari ne saurait être considéré comme domicile conjugal, dans le sens de l'article 324-2° du Code pénal [2].

IV. *Provocation par outrage violent à la pudeur.*

Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou blessures excusables (325).

Il ne suffirait pas d'un outrage à la pudeur, s'il n'était accompagné de violence.

[1] Cf. Demol. IV, 472.
[2] Cf. par anal., cassation, 27 avril 1828.

D'après Carnot[1], la loi suppose qu'il n'a pas été possible à la personne outragée d'employer un autre moyen pour repousser la violence : il suffit qu'un autre moyen de défense ne se soit pas offert à l'esprit de la personne outragée, d'après d'autres jurisconsultes, et nous partageons cet avis.

Le crime de castration commis sur un ascendant en pareille circonstance serait encore excusable, quand même la mort en serait résultée avant l'expiration des quarante jours.

Nous terminons ici le tableau des excuses dans notre droit criminel. Il nous a semblé utile de réunir ces traits épars, et de montrer dans quels cas précis le législateur impose au juge l'exemption ou l'atténuation de la peine. On peut néanmoins soupçonner que le législateur ne s'est pas demandé à lui-même un compte minutieux de son œuvre : il agit le plus souvent sous l'impulsion des traditions ou des circonstances. De là peut-être des imperfections et des incohérences. Mais avant de critiquer la théorie des excuses, il importe de bien montrer quelle place elle occupe dans nos lois. C'est cette première tâche, plus modeste, que nous nous étions imposée. ARTHUR DESJARDINS.

D'UNE ANTINOMIE

ENTRE LES PRINCIPES SUIVANTS :

D'une part, — Quiconque s'est obligé est tenu de remplir son engagement sur *tous* ses biens, art. 2092 du Code Napoléon.

Les biens d'un débiteur sont le *gage* de ses créanciers, art. 2093.

Et d'autre part, — Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession *personnellement pour leur part et portion*, et hypothécairement pour le tout, art. 873.

Les héritiers ne sont obligés, vis-à-vis du créancier, de payer la dette que *pour la part dont ils sont tenus comme représentant le débiteur*, art. 1220.

Par M. LAFONTAINE, conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

I.

Une théorie a pris place, presque sans conteste, parmi les enseignements d'un grand nombre d'auteurs, qui me semble

[1] II, 77.

cependant de nature à étonner étrangement le sens moral. Cette théorie a, dans la pratique, exercé son inexorable influence, par les arrêts, comme une simple et logique déduction des textes les plus clairs et les plus explicites ; et cette théorie, si je ne m'abuse, blesse essentiellement une notion de justice primitive, la plus élémentaire et la plus répandue ; elle ruine une des bases de la sécurité des transactions sociales. La masse des créanciers chirographaires ne dort-elle pas en paix, confiante dans cette notion, aussi ancienne et aussi respectable que celle de la propriété, que *les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers?* Ces créanciers ne se doutent pas que la mort de ce débiteur peut, sans aucun fait de négligence de leur part, mettre hors de leur atteinte, une partie de leur gage, leur faire perdre une fraction correspondante de leur créance ; et cela en présence d'un actif suffisant et au delà pour les désintéresser, actif dont ils verront quelques-uns des héritiers jouir tranquillement sous leurs yeux. Comment soupçonner, en effet, que leurs droits ne seront pas, après le décès de leur obligé, ce qu'ils étaient auparavant, et qu'un fait, aussi en dehors de leur volonté et de leur pouvoir puisse exercer une telle influence sur leur position! *Le mort saisit le vif,* disait-on jusqu'ici : c'est : *Le mort libère le vif,* qu'il faudrait dire à présent. Voyez plutôt.

II.

Un débiteur décède, laissant une dette de 100,000 francs, — un actif de pareille valeur, — et cinq héritiers. L'un d'eux a reçu, en avancement d'hoirie, au delà de 25,000 francs. — Il arrive, par suite d'absence ou de résidence éloignée, qu'avant que le créancier, qui n'a pu prévoir le moment précis du décès de son débiteur, ait appris l'ouverture de la succession, les cinq héritiers procèdent, sans fraude, à la liquidation et au partage de cette succession. L'héritier avantagé pendant la vie du défunt rapporte fictivement 25,000 francs. La masse, malgré ce rapport, ne dépassant pas 125,000 francs, il n'a rien à y prendre, et chacun des quatre autres héritiers prend 25,000 francs pour sa part dans l'actif de 100,000 francs existant au décès. Quand le créancier se présente, l'héritier avantagé est insolvable : chacun des quatre autres héritiers offre à ce créancier son cinquième dans la dette, soit 80,000 francs au total ; et, en

présence de l'actif de 100,000 francs laissé par son débiteur, le créancier devra perdre 20,000 francs sur sa créance.

Autre hypothèse. — Dans les mêmes circonstances d'absence ou de résidence éloignée du créancier, un des héritiers reçoit, en capitaux, et dissipe sa part d'un actif de 125,000 francs laissé par le débiteur, avant que le créancier ait pu faire la moindre diligence pour sauvegarder ses droits. — Ou bien ce même héritier aura vendu immédiatement l'immeuble tombé dans son lot; il en aura reçu et dépensé le prix. Le créancier se présente alors, et repoussé par les quatre autres héritiers, s'il demande à chacun au delà du cinquième de la dette, il devra se résigner encore à la perte d'une fraction considérable de la créance la plus légitime.

III.

Rien de plus simple et de plus net que l'argumentation des héritiers.

Il résulte, disent-ils, avec la Cour de cassation (arrêt du 9 juin 1857, Sirey, page 465) des dispositions combinées des articles 870, 875, 878 et 883, d'une part, que les héritiers sont saisis, instantanément et de plein droit, des biens de la succession par l'événement même du décès de son auteur; et, d'autre part, que les dettes de la succession se divisent aussi de plein droit entre eux, de manière que chacun d'eux n'en est dès lors tenu que *pour sa part et proportionnellement* à ce qu'il prend dans la succession.

En effet, il est écrit textuellement dans l'article 873 que les héritiers ne sont tenus *personnellement* des dettes que pour leur *part :* et suivant l'article 875, ils ne peuvent être tenus au delà de leur part qu'*hypothécairement :* — c'est-à-dire, qu'autant qu'un immeuble héréditaire grevé d'une dette hypothécaire, *créée* par *le défunt,* est tombé dans son lot.

L'article 1220, au titre des obligations, est encore plus clair et plus énergique, ajoutent les héritiers; il précise de la manière la plus nette et la plus explicite, l'étendue des obligations des héritiers vis-à-vis du créancier. « L'obligation susceptible de division doit être exécutée, *entre le créancier et le débiteur,* comme si elle était indivisible; sa divisibilité n'a d'application qu'à l'égard des héritiers..... *qui ne peuvent être tenus de*

payer la dette que pour les parts dont ils sont tenus comme représentant le débiteur. »

IV.

Vainement le créancier s'écriera-t-il que *tous* les biens de la succession sont le *gage* des créanciers du défunt.

Suivant Zachariæ (t. 4, p. 345) : « Ce droit de gage ne frappe le patrimoine que par l'intermédiaire *de la personne*, n'engendre aucun droit de suite, et ne produit aucune action *réelle*. Il ne peut être exercé qu'au moyen de l'action *personnelle*, et dans les limites de cette action *personnelle*. »

Et plus loin, page 496 : « L'insolvabilité de l'un ou de l'autre des cohéritiers n'apporte, du reste, aucune modification au principe, de sorte que, malgré cette circonstance, les cohéritiers *solvables* ne peuvent être poursuivis que pour le payement de leur part héréditaire. »

V.

Vainement encore le créancier essayera-t-il, comme M. Devaux, avocat à Bourges, dans son procès personnel (arrêt de Bourges, Sirey, t. 33, 2, 639), de recourir à la séparation des patrimoines, et d'élever entre les biens de la succession et ceux de l'héritier, une barrière que l'appropriation définitive de cet héritier ne puisse franchir avant que toutes les dettes du défunt ne soient payées.

« La séparation des patrimoines, répond encore M. Zachariæ, n'a pas pour résultat de modifier le principe de la division des dettes entre les héritiers.

» La séparation des patrimoines, tout en empêchant la confusion des biens du défunt avec ceux des héritiers, ne modifie cependant pas les effets de la saisine, et n'améliore, ni n'aggrave, sous ce rapport, la condition de ces derniers.

» Si, d'un côté, elle ne les dispense pas du payement, même *ultrà vires*[1], des dettes et charges de l'hérédité ; d'un autre côté, elle ne les y soumet pas pour une part plus forte que leur portion héréditaire. Admettre le contraire, ce serait supposer que la séparation des patrimoines est dirigée *contre les héritiers*

[1] Ce qui est contesté. On a prétendu que la séparation des patrimoines doit opérer tous les effets du *Bénéfice d'inventaire* en faveur de l'héritier.

eux-mêmes, tandis qu'elle ne l'est que contre leurs créanciers personnels.

» ..... Le bénéfice de séparation n'a été imaginé que pour parer au préjudice que causerait la confusion des patrimoines, et non pour obvier à l'inconvénient qui résulterait de la division des dettes et du partage des biens du défunt. »

Enfin, page 497 : « La séparation des patrimoines ne transformant pas l'hérédité en une personne morale distincte de la personne physique des héritiers ; les créanciers qui la demandent ne peuvent obtenir ni jugement ni hypothèque judiciaire contre *l'hérédité même*, mais seulement contre les héritiers, et par conséquent aussi contre chacun d'eux, pour la part seulement dont il est personnellement tenu. »

Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de Caen du 14 février 1825 (Sirey, 33, 2, 639).

VI.

Le créancier, dans le cas où la succession aura été acceptée sous bénéfice d'inventaire, sera-t-il plus heureux s'il tente de se prévaloir des doctrines qui font envisager l'héritier bénéficiaire, comme une espèce de dépositaire, comme un simple comptable vis-à-vis des créanciers ; comptable qui ne peut bénéficier de quoi que ce soit à titre d'héritier, qui ne peut rien retenir des biens de la succession, avant qu'il ait rendu compte de tout l'actif de cette succession et que tout le passé soit éteint ?

M. Merlin lui démontrera avec sa dialectique acérée et inflexible (Voy. *Bénéf. d'inventaire*. additions, p. 52), « Qu'il est de principe qu'*un bénéfice de droit* ne peut jamais tourner au préjudice de ceux en faveur desquels il a été établi ; que le bénéfice d'inventaire n'a pas été introduit en faveur des créanciers de la succession, qu'il ne l'a été qu'en faveur des héritiers. Les créanciers, conclut-il, ne peuvent donc avoir contre un héritier bénéficiaire des droits qu'ils n'auraient pas s'il était héritier pur et simple.

» En disant que l'héritier bénéficiaire *n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens*, l'article 802, poursuit M. Merlin, ne déroge pas à la règle générale qui veut que l'héritier ne soit tenu personnellement des dettes que pour *sa part et portion* ; il laisse donc subsister cette règle pour l'hé-

ritier bénéficiaire comme pour l'héritier pur et simple. C'est comme s'il disait : L'héritier bénéficiaire n'est tenu de la part qu'il doit supporter dans les dettes, d'après la règle générale écrite dans l'article 873, que jusqu'à concurrence de la valeur des biens. Si la part qu'il doit supporter dans les dettes excède la valeur des biens, il en est déchargé ; mais si la valeur des biens excède la part qu'il doit supporter dans les dettes, l'excédant lui demeure franc et quitte. »

Et la Cour de cassation a sanctionné ces principes.

VII.

Je reste confondu, pour ma part, de l'insouciante facilité avec laquelle on se résigne à voir le créancier dépouillé de son gage, et condamné à subir une perte qu'aucune prévoyance humaine, souvent, n'aura pu prévenir. Se peut-il que le législateur ait voulu, se peut-il que les principes de la jurisprudence, de cet art du juste et de l'injuste, justifient un pareil résultat?

Sans doute, c'est un principe constant que les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. Mais n'est-ce point un principe non moins constant, n'est-ce point une vérité de droit et d'équité et de nécessité sociale, que cette pensée, toujours la même, exprimée deux fois par le législateur? — Article 2092 : *Quiconque s'est obligé est tenu de remplir son engagement sur* TOUS *ses biens.* — Article 2093 : *Les biens d'un débiteur sont le* GAGE *de ses créanciers.* — Dispositions qui ne sont que la double traduction de cette notion si heureusement et si énergiquement formulée par le droit romain, de cet axiome de la plus simple probité : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.*

S'il y a là un principe dont nul ne peut méconnaître la vérité absolue, ne faudra-t-il pas, pour qu'il conserve la vertu générale et féconde d'un principe, ne faudra-t-il pas qu'il opère dans tous les cas, qu'il exerce toujours et dans toute circonstance, à moins d'exception littéralement écrite dans la loi, sa morale et décisive influence en faveur des créanciers? Ce principe proclamé deux fois ne pourra donc flotter, varier, s'éclipser ou reparaître suivant la variété de circonstances et de vicissitudes indépendantes de la volonté ou des actes imputables des créanciers?

Par exemple, qu'arrivera-t-il et que faudra-t-il décider dans ces différentes hypothèses?

Un créancier chirographaire a fait saisir un immeuble appartenant à son débiteur, qui meurt laissant plusieurs héritiers : quelle sera l'influence du décès? Est-ce que ce décès survenu empêchera, quand le moment de toucher le prix de la vente sera arrivé, le créancier saisissant de recevoir le payement intégral de sa créance qu'on suppose absorber tout ce prix? Est-ce que quelques-uns des héritiers, quatre sur cinq, comme dans la première espèce proposée, pourront, une liquidation et un partage à la main, prétendre qu'ils ne doivent chacun qu'un cinquième de la dette, et que les quatre cinquièmes de cette dette payés, s'il y a un reliquat sur le prix, ils ont droit de le garder pour compléter leur part héréditaire, qui, par suite du rapport fictif du cinquième héritier, doit être de 25,000 francs? Comment, après que le créancier, du vivant de son débiteur, a réalisé son gage, ou du moins l'a mis tout entier sous la main de la justice, ce qui revient au même, comment admettre, sans bouleverser toutes les idées communes, que le décès survenant du débiteur pourra changer quelque chose à son droit et lui ravir une partie de son gage? Et cependant, si l'on se place exclusivement au point de vue des héritiers, si l'on s'obstine à envisager isolément le principe de la division des dettes, la saisine de droit et l'effet rétroactif des partages, les héritiers ne sont-ils pas fondés à prétendre, par des déductions d'une logique rigoureuse, que le cinquième héritier obligé au rapport n'a jamais été propriétaire d'une portion quelconque de l'immeuble saisi, qu'ainsi la saisie ne peut opérer de son chef sur le dernier cinquième de l'immeuble, ou du moins sur la portion du prix qui représente ce cinquième. La liquidation et le partage n'ont point la vertu, diront-ils, de créer les droits des héritiers; ces opérations ne sont que déclaratives de leurs droits, elles ne font que les liquider, les proclamer, les mettre en évidence. Le retard qu'a demandé l'élaboration des actes ne peu nuire aux droits que ces actes mettent en lumière, droits qui existaient au moment du décès tels qu'ils ont été reconnus depuis, et doivent, dès lors, porter leur fruit et produire toutes leurs conséquences comme si la liquidation et le partage avaient pu se confondre dans la même instantanéité avec le décès du défunt.

Autre hypothèse. Le cinquième héritier, qui a reçu sa part par avancement d'hoirie, renonce à la succession. Aux termes des articles 785 et 786, ses droits accroissent aux autres héritiers, qui sont censés avoir toujours été les seuls héritiers. Les voilà donc réduits au nombre de quatre, tenus par conséquent du quart au lieu du cinquième dans les dettes : et, toujours dans l'espèce proposée, voilà le créancier en droit de demander à chacun des héritiers le quart de sa créance, et qui, par conséquent, n'a aucune perte à déplorer.

Enfin le hasard, le pur hasard viendra encore modifier les droits du créancier suivant qu'il donnera au débiteur un héritier unique ou plusieurs représentants. Peu importera que cet unique successeur ait dissipé une moitié des biens par lui recueillis dans la succession de son auteur, il n'en sera pas moins tenu, sur la moitié qui lui restera, du total des dettes. Supposez deux héritiers, au contraire, et que l'un d'eux ait dissipé sa part quand le créancier se présentera, ce dernier verra périr entre ses mains la moitié de sa créance, en présence de la portion de la succession retenue par l'autre héritier et qui suffirait à le désintéresser pour le total.

Est-ce que la condition des créanciers peut ainsi varier par suite de circonstances dont ils ne sont point responsables, au gré des caprices du hasard ou des résolutions arbitraires d'héritiers acceptants ou renonçants? Est-ce que les règles du droit et de l'équité permettront que, sans qu'il y ait plus de reproche à faire à tel créancier qu'à tel autre, le premier perde une partie de sa créance, tandis que le second sera intégralement payé? N'y a-t-il pas dans ces bizarreries, dans ces anomalies capricieuses quelque chose qui révèle que les héritiers ne sont ni dans le juste ni dans le vrai?

VIII.

Quelle est la consolation offerte par la Cour de cassation au créancier et le remède qu'elle indique au préjudice qu'il souffre par suite de l'étrange application qu'on veut lui faire du principe de la division des dettes?

« Les droits des créanciers chirographaires du défunt, porte » l'arrêt du 9 juin 1857, ne cessent pas pour cela d'atteindre » toutes les parts de l'hérédité en la personne de chacun des » héritiers. Là où ils croiront avoir à craindre les chances d'in-

» solvabilité de l'un des héritiers, *il leur appartient de faire* » *leurs diligences, soit avant soit après le partage.* »

C'est, ce semble, se mettre bien à l'aise avec les éventualités pratiques et le cours habituel des choses. Est-il juste de ne tenir aucun compte des mille circonstances de la vie qui peuvent avoir placé dans l'impossibilité d'agir, un créancier chirographaire dont la créance n'est pas exigible. *Craindre les chances d'insolvabilité de l'un des héritiers!... faire des diligences avant ou après le partage!...* Mais il faut avoir appris qu'il y a un décès, une succession ouverte, des héritiers. Lorsqu'on l'apprend, il faut arriver à temps pour que l'action soit encore utile contre tous les héritiers. Pendant la vie du débiteur, le créancier avait trente ans devant lui pour réclamer le payement de sa créance, sans avoir à craindre de prescription: et, par le seul fait du décès de son débiteur, quelques mois, quelques semaines de retard suffiront pour lui faire perdre partie et parfois moitié de sa créance.

Comment expliquer ce dépérissement, comment justifier cette dégradation de son droit, par suite d'un événement qui lui est aussi étranger!

Dans combien de cas n'arrivera-t-il pas que, sans qu'aucun reproche fondé de négligence puisse atteindre le créancier, il se verra ainsi condamné à une perte inévitable et immérités. Voyez l'affaire de Bourges. M. Devaux, avocat, était créancier des époux Vivier d'une somme de 40,000 francs. Les débiteurs décèdent en décembre 1829, laissant trois héritiers, dont un tombe en faillite. Dès le mois de juillet 1830, M. Devaux demande la séparation des patrimoines. Deux des trois héritiers lui offrent, chacun le tiers de la créance, et repoussent son action pour le surplus, sur les deux tiers des biens de la succession qu'ils ont recueillis. Ce qui est arrivé à M. Devaux se représentera fréquemment avec des résultats plus ou moins désastreux pour les créanciers.

Mais laissons l'hypothèse de l'insolvabilité de quelques-uns des héritiers survenue depuis le partage, et dans laquelle M. Devaux a fait prévaloir les articles 2092 et 2093, sur le principe de la division des dettes. Que répondra-t-on au créancier qui se trouve en présence d'un cohéritier insolvable, à qui un avancement d'hoirie sujet à rapport ne laisse rien à recueillir dans l'hérédité. Ici point de reproche possible d'oubli, de

sommeil, de négligence. Point de prévoyance humaine, point de prudence ou d'habileté pratique qui aient pu préserver le créancier du coup qui vient le frapper.

Cette hypothèse déconcerte tellement toutes les théories des héritiers, elle en fait tellement ressortir la criante injustice, elle en démontre si bien l'impossibilité d'application, que le sens moral de Pothier, ce sens si candide et si pur, a reculé devant une telle éventualité, et qu'il n'a vu d'autre moyen d'apaiser l'équité, que de faire fléchir la rigueur du principe, en lui faisant subir une exception arbitraire. Il examine, après Dumoulin [1] (*Obligation*, n° 310), « le cas où un père laisserait » pour héritier deux enfants dont l'un aurait dissipé d'avance » ce qu'il aurait reçu en avancement de la succession. Le prin- » cipe qu'un héritier n'est pas tenu de l'insolvabilité de ses co- » héritiers, reçoit, dit-il, exception dans ce cas. L'autre enfant » doit répondre, envers les créanciers de la succession, de la » part des dettes, dont est tenu son frère insolvable, quoique les » créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de » la succession avant le partage. »

Sous l'ancienne jurisprudence, on pouvait ainsi se tirer commodément d'une difficulté, en créant une exception au principe, par la seule autorité de la raison et de l'équité. Aujourd'hui toute exception à une règle écrite dans la loi doit se puiser à la même source, et se justifier par un texte qui la soutienne explicitement ou au moins implicitement. Le parti pris par un

[1] Les obligations des héritiers, relativement aux dettes de leur auteur, étaient diversement appréciées dans l'ancienne jurisprudence. Tandis que certaines coutumes se préoccupaient à ce point de l'intérêt des créanciers du défunt, qu'elles leur ouvraient, pour assurer leur payement, une action *solidaire* contre chaque héritier, tant sur les biens de la succession que sur ses propres biens, la plupart des jurisconsultes adoptaient la règle de la division des dettes, dont le principe remonte à une loi des XII Tables, sans s'appesantir sur les conséquences iniques que l'application de cette règle pouvait entraîner au préjudice des créanciers.

Toutefois Dumoulin (dans son traité *Dividui et individui*, part. II, n°s 63 et 64, n'hésite point à décider que l'équité oblige l'héritier solvable à donner entière satisfaction au créancier. « *Nullum rationis naturalis dictamen suadet deteriorem esse debere creditoris conditionem, mortuo quam vivo debitore, sive unum, sive plures reliquerit hæredes, sive illi diviserint, sive non.* » Il semble, il est vrai, restreindre cette décision au cas où, toutes les dettes payées, il reste encore à l'héritier quelque chose des biens de la succession.

héritier insolvable de ne point renoncer à la succession de son auteur, peut se justifier par des motifs honorables, et ne peut suffire à faire présumer, comme le dit Pothier, pour justifier la déviation de principe, une collusion entre les deux frères, et à faire regarder l'acceptation comme faite en fraude des créanciers de la succession. Des créanciers peuvent *accepter* une succession *répudiée* à tort par leur débiteur, article 788 : mais on n'a jamais imaginé jusqu'ici qu'un héritier pût être contraint *à renoncer* malgré lui. Si les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent critiquer l'acceptation qu'il fait d'une succession onéreuse, et si la loi leur a refusé le droit de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession, comment admettre qu'il puisse jamais appartenir à ces derniers, *qui ne sont pas créanciers de l'héritier*, de quereller une acceptation, uniquement parce que cet acte se trouve, par le jeu des règles sur les rapports et la division des dettes, produire indirectement des effets préjudiciables à leurs intérêts!

IX.

Comment donc le créancier échappera-t-il aux conséquences, fatales pour sa créance, du principe de la division des dettes entre les héritiers?

M. Devaux, dans le procès personnel qu'il a gagné, se couvrait, contre ce principe, des articles 2092 et 2093, dont il faisait ressortir avec énergie l'autorité et les conséquences. Après avoir montré ces articles 2092 et 2093 créant un droit *de gage* sur les biens du débiteur au profit de ses créanciers; « l'effet *nécessaire* de ce gage, disait-il, est qu'aucun des biens meubles et immeubles qui le composent ne peut échapper à l'action du créancier jusqu'à parfait payement, sans quoi il ne serait pas vrai, comme le dit l'article 2092, que *tous* les biens meubles et immeubles présents et à venir, du débiteur, sont affectés à l'acquit de son engagement. Jamais assurément le débiteur n'aurait pu opérer un payement partiel comme l'admet le jugement, ni affranchir les deux tiers de ses biens, comme le fait le jugement, de la garantie de l'autre tiers de la dette.

» Le décès du débiteur l'a-t-il libéré de cette affectation de tous ses biens? A-t-il privé le créancier du droit de poursuivre son payement sur l'intégralité des biens de son débiteur? Nul-

lement. Le décès du débiteur est un fait étranger au créancier, qui ne peut, par conséquent, lui ravir son gage..... »

« Mon débiteur, ce n'est pas vous, héritiers, c'est le défunt, c'est sa succession; quand je consentirai à vous avoir pour débiteurs en votre qualité d'héritiers, vous aurez raison d'invoquer les articles 870, 873 et 1220. »

L'argumentation de M. Devaux nous paraît sans réplique. Mais il avait le tort de chercher le point de départ et l'appui de cette argumentation dans une demande à fin de séparation des patrimoines, qu'il semblait regarder comme un préalable nécessaire ou utile vis-à-vis des héritiers, tandis que ce droit, conféré aux créanciers du défunt vis-à-vis des créanciers personnels de l'héritier, ne doit être rappelé ici que comme démonstratif du véritable esprit de la loi, et de l'existence d'un droit supérieur au profit des mêmes créanciers du défunt vis-à-vis des héritiers.

Il importe sans doute au créancier, qui n'a point accepté l'héritier pour débiteur, qu'une confusion *de fait* ne s'établisse point entre les biens de la succession et les biens propres de l'héritier, de manière à ce qu'on ne puisse plus reconnaître et distinguer les premiers; mais quand les meubles ont été inventoriés, que les immeubles ont été constatés et que le tout est encore aux mains des héritiers attaqués; que signifie, *vis-à-vis d'eux*, la demande afin de séparation des patrimoines? En quoi peut-elle être utile, *contre eux*, au créancier? les héritiers sont obligés vis-à-vis de lui : dans quelle mesure *sur les biens de la succession?* Voilà la difficulté. Mais dans la mesure de l'obligation *personnelle*, les héritiers sont tenus de payer, non-seulement jusqu'à concurrence de tout l'actif par eux recueilli de la succession du défunt, mais encore sur leurs propres biens, en les supposant héritiers purs et simples. Loin de servir le créancier, la demande afin de séparation des patrimoines ne peut que compromettre l'étendue de ses droits et la rendre incertaine. Des auteurs et des arrêts contestent, en effet, au créancier qui a fait opérer cette séparation, le droit de poursuivre l'héritier sur ses biens propres, et font produire à la séparation des patrimoines les effets du bénéfice d'inventaire au profit de l'héritier.

Ce qui semble devoir rester pour vrai, c'est que la séparation des patrimoines n'a été, comme l'enseigne M. Zachariæ,

introduite au profit des créanciers du défunt que *contre les créanciers personnels de l'héritier*. Mais si nous le pensons ainsi, ce n'est pas en admettant, comme M. Zachariæ, que la condition des créanciers puisse être différente et meilleure vis-à-vis des créanciers de l'héritier que vis-à-vis de l'héritier lui-même; mais bien par cette unique raison que les créanciers du défunt n'en ont nullement besoin vis-à-vis des héritiers; qu'ils n'ont des conséquences utiles à en tirer que vis-à-vis des créanciers personnels de l'héritier. Ce qu'ils ont à faire, c'est de veiller à ce que les meubles et les immeubles de la succession puissent être distingués et retrouvés; c'est d'agir avant que les immeubles ne soient sortis des mains des héritiers : ce point acquis, quel est leur droit *avant* et *après* le partage?

A notre avis, le partage est un fait étranger aux créanciers du défunt, et qui, en droit, ne peut leur nuire, ni leur profiter. C'est aussi l'avis de Dumoulin : *Sive unum, sive plures reliquerit heredes*, SIVE ILLI DIVISERINT, SIVE NON. En fait, sans doute, si le créancier intervient avant le partage, il pourra se faire payer immédiatement ou prendre des sûretés de manière à n'avoir plus à redouter au moins l'insolvabilité ultérieure d'un ou plusieurs des héritiers. Mais s'il ne lui a pas été possible d'en agir ainsi, en quoi les droits qui lui appartiennent au moment du décès pourront-ils être modifiés par le partage? Et, dans l'hypothèse de l'héritier insolvable et rempli à l'avance de ses droits, par un avancement d'hoirie, en quoi l'intervention au partage, où la précaution dont parle Pothier, d'*arrêter les biens de la succession*, pourrait-elle prévenir la difficulté? Cette difficulté sera toujours de savoir quelle sera, avant comme après le partage, l'influence du principe de division des dettes. Mais encore une fois, ce partage ne crée point de droits au profit des héritiers, il ne fait que manifester ceux dont ils ont été saisis à l'instant même de la mort de leur auteur. Ce partage ne peut donc influer davantage sur les droits des créanciers du défunt qui n'ont point à s'en inquiéter.

Nul argument, en effet, à tirer contre les créanciers du défunt de l'article 882 qui n'est fait que pour les créanciers *personnels de l'un des héritiers*. Si le partage ne peut jamais préjudicier aux créanciers de la succession, ni être fait *en fraude* de leurs droits, il n'est point indispensable pour eux d'y intervenir. On n'a pas voulu que l'action tardive de quelque

créancier de *l'un des héritiers* vînt troubler et modifier la répartition des biens. Mais l'action du créancier du défunt, qui demande *à tous* les héritiers et *sur tous* les biens existants, le payement de sa créance, ne tend point à modifier la répartition des lots. En un mot, ce créancier *n'attaque point le partage.*

X.

Il faut donc, toutes ces difficultés préliminaires écartées, se placer nettement dans cette hypothèse.

Après la liquidation et le partage ; — après qu'un des cohéritiers non renonçants s'est trouvé rempli par des avancements d'hoirie et a abandonné à ses cohéritiers tout l'actif existant au décès ; — ou après qu'un des copartageants a dissipé la part qu'il avait recueillie dans cet actif, ou que cette part a péri entre ses mains, comme une maison par l'incendie : — Un créancier du défunt se présente, et, fondé en titre exécutoire, saisit entre ses mains d'un héritier un immeuble de la succession, — ou, créancier chirographaire seulement, il assigne les héritiers nantis de l'actif subsistant de la succession, pour faire dire qu'ils verseront, entre ses mains, jusqu'à concurrence du montant de sa créance, les deniers et valeurs mobilières constatés par un inventaire ; — ou enfin que, par suite de l'insolvabilité actuelle d'un ou plusieurs de leurs cohéritiers, ils seront tenus, sur tous les biens meubles ou immeubles qu'ils détiennent comme détenteurs de ces biens, de satisfaire au payement de sa créance contre le défunt.

Les héritiers invoquent les articles 870, 873 et 1220.

Les créanciers leur opposent l'article 724 au titre des successions portant que *les héritiers sont saisis des biens sous obligation d'en acquitter toutes les charges*, article qui n'est lui-même que la conséquence des articles 2092 et 2093. *Quid juris?*

Supposons l'antinomie flagrante et toute conciliation impossible.

Quand des principes sont ainsi diamétralement opposés et se contrarient aussi directement dans leur application, quelle est la solution pour le jurisconsulte et surtout pour le juge qui ne doit jamais refuser de prononcer et qui doit trouver dans les simples lumières de la raison et de l'équité, les moyens de trancher toute difficulté? Ne semble-t-il pas raisonnable de

rechercher si les règles qui produisent l'antinomie sont de même valeur, si elles appartiennent au même ordre de principes ; ou si l'une des deux, au contraire, n'est pas supérieure à l'autre et ne doit pas la dominer. Ici, par exemple, que voit-on ? un principe de souveraine équité et de nécessité sociale ; c'est celui qui veut que les biens d'un débiteur ne passent à ses héritiers que grevés des dettes et charges créées par lui (art. 724). Admettre une restriction, une exception à ce principe essentiel, fondamental, c'est retomber, dans une certaine mesure au moins, dans les abus et les dommages qu'entraînaient les substitutions. D'un autre côté se présente une disposition qui a pour objet de régler l'application de ce principe, de concilier autant que possible l'exécution de cette règle exigée par l'intérêt des créanciers et la sûreté des transactions, avec l'intérêt des héritiers, d'éviter des complications entre eux, de prévenir des circuits d'actions. N'est-il pas évident que cette seconde disposition n'est que d'un ordre secondaire ? Qu'entre la disposition de principe, d'une part, et la disposition règlementaire, la disposition d'organisation et d'exécution d'autre part, qui semblent en désaccord, c'est la pensée principale, la pensée mère et dominante du législateur, c'est enfin le principe d'ordre supérieur qui doit prévaloir et fournir la raison de décider.

En un mot, entre l'intérêt des créanciers et l'intérêt des héritiers, peut-on hésiter sur celui de ces deux intérêts qui doit l'emporter ?

Il est un fait qu'aucun jurisconsulte ne peut admettre, qu'aucune législation ne peut tolérer : c'est qu'un créancier, sans avoir encouru aucun reproche de négligence ou d'imprudence, perde une part quelconque de sa créance, par le seul fait du décès de son débiteur, alors que ce dernier laisse un actif égal au montant de la créance, alors que cet actif passerait au détriment du créancier, aux mains de l'héritier du débiteur.

Il en devra être autrement, sans doute, si le créancier a tacitement ou expressément accepté les héritiers pour débiteurs ; ou s'il a laissé s'accomplir les délais et les faits après lesquels la confusion des biens du défunt et de ceux des héritiers est devenue sans remède. Mais tant que le créancier n'a pas perdu de vue son gage, tant qu'il le montre au juge et peut lui dire : « Voilà ce que la loi et mon débiteur avaient affecté à l'acquit

de ma créance, ce que mon débiteur, s'il vivait encore, ne pourrait me disputer; je réclame mon payement : » Comment éluder cette réclamation? Comment échapper à la conséquence logique, inflexible de ce principe qui est une des bases de l'ordre social : *Quiconque s'est obligé est tenu de remplir son engagement sur* TOUS *ses biens :* Principe adopté, installé par la probité du législateur français dans notre Droit d'une manière absolue, sans qu'aucune restriction ni exception, comme le *bénéfice de compétence* [1], par exemple, dans le Droit romain, en puisse limiter, amoindrir ou arrêter l'inexorable énergie.

XI.

Le droit et l'action du créancier seront-ils paralysés par ces objections de M. Zachariæ? « Le droit de gage ne frappe le pa» trimoine que par l'intermédiaire *de la personne,* n'engendre » aucun droit de suite, et ne produit aucune action *réelle.* Il ne » peut être exercé qu'au moyen de l'action *personnelle* et dans » les limites de cette action *personnelle.* »

Il nous semble permis de contester la vérité de ces propositions et de les regarder comme très-arbitrairement posées. Ces propositions, en effet, n'ont-elles pas le tort de méconnaître l'énergie et les conséquences nécessaires du droit de *gage* reconnu aux créanciers sur les biens de leur débiteur, et qui ne s'évanouit nullement par la transmission des biens aux mains de l'héritier (art. 724).

Sans doute, le droit de *gage* général reconnu par l'article 2093, n'a qu'un rapport imparfait avec le droit de *gage spécial* réglé par les articles 2071 et suivants au titre du Nantissement; il en diffère par des points très-saillants. Cependant, ces droits se rapprochent par le caractère le plus essentiel, par la communauté du but et par un esprit identique.

L'affectation du gage *spécial* a pour objet d'assurer le payement d'un créancier à l'exclusion des autres créanciers du même débiteur :

L'affectation générale des articles 2092 et 2093 a pour but d'assurer le payement de tous les créanciers du même débiteur sur tous ses biens, à l'exclusion de ce débiteur lui-même, de

[1] Qui ne permettait pas aux descendants d'exproprier complétement leurs ascendants; faveur étendue aux époux, aux associés, etc.

ses héritiers et représentants, et des créanciers personnels de ces derniers. Ou les articles 2092 et 2093 sont sans signification et sans valeur pratique, ou les deux affectations ont cela de commun, c'est qu'aucune partie des objets grevés du droit de gage ne peut échapper aux créanciers en faveur desquels l'affectation a été écrite dans la loi, tant qu'ils ne sont pas entièrement désintéressés : *Quiconque s'est obligé est tenu sur tous ses biens.* Il est donc souverainement contraire à l'esprit d'une affectation à titre de gage, qu'une parcelle quelconque des biens grevés passe à des tiers, héritiers ou autres, avant que les créanciers garantis par le gage ne soient entièrement satisfaits. Le droit de gage, en effet, dans son essence, est quelque chose d'indivisible ; *individua est pignoris causa.* Le créancier acquiert le droit de gage pour toute sa dette et pour chaque partie de sa dette, surtout ce qui lui est donné, et sur chaque partie de ce qui lui est donné en nantissement (Pothier, *Nantissement*, n° 43). Comme conséquence de ce droit, l'un des héritiers qui a payé dans la dette toute la part dont il est tenu, ne peut prétendre exercer ses droits d'héritiers sur le gage, tant que le créancier n'est pas entièrement payé (Pothier, *ibid.*, n° 44). C'est la disposition littérale de l'article 2083 : « *Le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier;* » disposition qu'il faut rapprocher de l'article 1221, pour combler la lacune de ce texte, en ajoutant une sixième exception à l'article 1220. Pourquoi ces notions exposées par Pothier et consacrées par le Code pour le *gage spécial* ne seraient-elles pas applicables à l'affectation générale des articles 2092 et 2093 ? Est-ce que le même principe d'équité qui établit un lien nécessaire entre la créance et chaque partie de l'objet affecté, lien par lequel toutes et chacune des parties sont enchaînées et rivées à la créance qu'elles doivent acquitter, ne doit pas exercer son empire moral, son influence de justice et de probité dans un cas comme dans l'autre ?

Les droits des créanciers ainsi appréciés sont évidemment indépendants de la circonstance que les biens affectés à leurs créances sont détenus par tel ou tel héritier. L'action accordée aux créanciers du défunt pour faire valoir leurs droits sur les biens de la succession à l'exclusion des créanciers de l'héritier, l'action à fin de séparation des patrimoines est incontesta-

blement une action *réelle*. « L'action qui naît de ce droit, dit M. Dufresne, dans son traité remarquable et complet *De la séparation des patrimoines* (n° 5), est mixte, *in rem scripta*. » Si tel est le caractère de l'action des créanciers du défunt vis-à-vis des créanciers de l'héritier, cette action ne peut avoir un autre caractère, lorsque ces créanciers de la succession agissent contre les héritiers eux-mêmes pour faire reconnaître les biens de la succession, les maintenir distincts de ceux des héritiers, et poursuivre leur payement sur leur gage. Il n'est donc pas vrai de dire, avec M. Zachariæ, que le droit de gage des articles 2092 et 2093 ne produit aucune action *réelle*.

L'article 879, en disposant que le droit de demander la séparation des patrimoines cesse si le créancier *accepte l'héritier pour débiteur*, suppose assez évidemment que le décès ne donne pas nécessairement et malgré lui, au créancier, l'héritier pour débiteur; que dès lors ce créancier a un autre débiteur, qui ne peut être que la succession; qu'il a une autre action que l'action *personnelle* contre l'héritier, action qui ne peut être qu'une action contre la succession, par conséquent qu'une action *réelle*.

Sans doute le droit de gage ne frappe le patrimoine que par l'intermédiaire *de la personne*, en ce sens qu'il faut bien que l'action des créanciers soit dirigée contre les héritiers qui représentent le défunt et la succession, mais sans faire acception de la part héréditaire dont ils sont tenus dans les dettes, et à raison uniquement de leur qualité de détenteurs des biens de la succession.

La Cour de Caen objecte que si l'on fait fléchir le principe de la division des dettes, on retombe dans les *inconvénients de la solidarité*. La Cour veut-elle parler de la solidarité attachée par quelques coutumes à l'obligation des héritiers, et par laquelle l'un d'eux pouvait être tenu, non-seulement sur les biens de la succession tombés dans son lot, mais sur toute sa fortune personnelle, au payement de tout le passif? Il ne s'agit de rien de semblable ici. Veut-elle parler des circuits d'actions? Le cas est prévu par la loi : Lorsque, par l'effet d'une hypothèque, un des cohéritiers a payé au delà de sa part de la dette commune, l'article 875 ne lui permet de recours contre les autres cohéritiers que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter. Or, les effets de l'action *réelle* ne seront pas au-

tres ni plus désastreux que ceux de l'hypothèque. On peut ajouter que les créanciers n'auront intérêt à user de l'action *réelle*, qu'en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs des héritiers : ce sera aux autres, à qui cette position de leurs cohéritiers sera connue plus tôt, plus sûrement qu'aux créanciers, d'exiger qu'il soit, avant tout, pourvu à l'acquittement des charges de la succession, ainsi que l'article 826 leur en donne le droit.

Que si l'on est touché de voir les héritiers rester, après le partage, exposés pendant trente ans à l'action des créanciers de la succession, c'est-à-dire, tant qu'ils détiendront des immeubles de la succession susceptibles d'être distingués de leurs biens personnels, et cela alors que leurs cohéritiers peuvent, depuis le partage et pendant l'inaction du créancier, être devenus insolvables ; il faut considérer que ces actions tardives ne se réaliseront que bien rarement. L'inventaire fera toujours connaître toute dette importante du défunt; c'est d'ailleurs aux héritiers à s'en inquiéter; et enfin, entre leur intérêt et celui des créanciers, ce n'est pas l'intérêt de ces derniers qu'il y a lieu de sacrifier.

En résumé, à l'héritier qui repoussera l'action *réelle* par les articles 870, 873 et 1220, le créancier opposera victorieusement : — Le principe supérieur écrit dans les articles 2092, 2093; — L'article 724, qui saisit de plein droit et au même instant l'héritier et des biens, droits et actions du défunt et de l'obligation de payer TOUTES les dettes et charges de la succession ; — L'article 870 portant que les cohéritiers contribuent, *entre eux*, au payement des dettes et charges de la succession chacun dans la proportion de ce qu'il y prend : disposition dans dans laquelle ces mots : *entre eux*, témoignent suffisamment de la pensée du législateur, qui, à cet instant, ne se préoccupait nullement de l'intérêt des créanciers de la succession et n'entendait régler les effets et la portée du principe de la division des dettes que dans les rapports respectifs des héritiers, sans donner à ce principe le sens absolu et les conséquences si préjudiciables aux droits des créanciers qu'on veut faire produire à la division ; — Et enfin l'article 922 relatif à la réduction des avantages excédant la quotité disponible dans lequel on lit : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès..... on calcule sur tous ces biens, *après*

en avoir déduit les dettes, quelle est la quotité disponible, etc. » Énergique reproduction de cette vérité suprême de raison et d'équité : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.*

Si la discorde paraissait irremédiable entre ces diverses dispositions, nous avons assez dit quelles seraient, à notre avis, celles qui devraient l'emporter, mais la conciliation est toute indiquée.

En effet, si l'on admet, avec nous, que l'action des créanciers sur les biens de la succession, exercée en vertu du droit de gage des articles 2092 et 2093, est une action *réelle*, toute antinomie disparaît, et la difficulté est tranchée par la distinction entre l'action *réelle* et l'action *personnelle*.

Le principe de la division des dettes, impuissant à arrêter l'action fondée sur le droit de *gage*, reprendra toute sa force et tous ses effets, chaque fois que l'héritier aura à se défendre contre l'action *personnelle* exercée contre lui par le créancier; et c'est dans ce sens seulement et au respect de cette action *personnelle* que les articles 870, 873 et 1220 doivent être compris et appliqués.

XII.

Si, du terrain sur lequel le jurisconsulte combine laborieusement les textes et les notions de doctrine, pour édifier une solution, on s'élève à la sphère du législateur; si l'on se demande ce qu'il a voulu et dû vouloir pour mettre quelque harmonie dans son œuvre, et rester conséquent à lui-même, le droit des créanciers s'illumine et se fortifie par des rapprochements et des considérations, suivant nous, irrésistibles.

En accordant aux créanciers de la succession le droit de demander la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, le législateur a fait fléchir le principe posé dans les articles 711 et 724, par la force duquel l'héritier devient dès l'instant du décès, propriétaire de tous les biens de la succession *et les confond avec ses biens propres*. S'il a suspendu cette confusion, s'il a introduit cette exception aux effets de la saisine, s'il en a accordé le bénéfice aux créanciers du défunt pour le faire valoir vis-à-vis des créanciers personnels des héritiers; comment concevoir que le législateur n'ait pas entendu

et voulu que ces mêmes créanciers du défunt puissent *a fortiori*, faire valoir la même restriction et la même exception vis-à-vis des héritiers eux-mêmes?

Comment se payer tranquillement de cette raison que la séparation des patrimoines a été introduite contre les créanciers de l'héritier et non contre l'héritier. Apparemment aux yeux du législateur, les créanciers personnels de l'héritier sont préférables à l'héritier lui-même. Si d'un autre côté, les créanciers de la succession lui paraissent préférables aux créanciers de l'héritier, comment ne le seraient-ils pas à cet héritier? Ils ne peuvent donc, à moins d'admettre la plus choquante inconséquence, jouir vis-à-vis des créanciers de l'héritier, de droits, de garanties et d'une protection qui leur feraient défaut vis-à-vis de ce dernier, contre lequel ces sauvegardes ne leur sont pas moins nécessaires. Pourquoi donc le bénéfice de séparation des patrimoines n'a-t-il pas été inventé pour protéger les créanciers du défunt contre l'héritier? c'est qu'ils n'en ont pas besoin et que leurs intérêts sont suffisamment assurés par leur droit de gage dont les effets égalent en énergie ceux du bénéfice de séparation.

Le même parallèle peut être établi entre les créanciers du défunt et les légataires. *Nemo liberalis nisi liberatus.* Les legs ne doivent jamais être acquittés que sur l'actif net de la succession. Les créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat, sont encore admis à exercer un recours contre *les légataires payés avant eux*, article 809. Le législateur a donc hautement proclamé sa préférence en faveur des créanciers, préférence motivée sur le droit et l'équité. Cependant, infidèle à ce sentiment de justice, il aurait accordé une hypothèque aux légataires, hypothèque qui assure leur payement intégral sur tous les immeubles détenus par les héritiers, sans égard à la division des dettes; et il n'aurait investi les créanciers que d'un droit de gage impuissant à les préserver des inconvénients de cette division. On verrait ainsi des légataires payés en entier de leur legs, et des créanciers condamnés, suivant les éventualités, à perdre un cinquième, un tiers, une moitié de leurs créances! Cependant, ainsi que le remarque Pothier (*Donat. testam.*, chap. 3, sect. 3). « Le défunt n'a jamais été débiteur des legs qu'il a faits; l'obligation

ne commence que dans les personnes des héritiers; elle a été divisée dès le commencement. »

Supposez, avec M. Duranton (tom. 19, n° 224), un légataire qui poursuit hypothécairement un héritier pour le total de son legs : l'héritier se dispose à le payer, mais un créancier de la succession se présente et prétend être payé avant le légataire. Comment repousser la prétention du créancier appuyée sur l'article 809; comment dès lors ce créancier ne pourrait-il pas arriver directement, en vertu de son droit de gage, à un résultat auquel il arriverait indirectement à la faveur du droit d'hypothèque d'un tiers auquel il est préférable?

Qu'arriverait-il, enfin, si l'on désarmait les créanciers du défunt de leur action *réelle* sur les biens de la succession, vis-à-vis d'un héritier qui leur ferait offre de sa part dans la dette? On verrait les créanciers personnels de l'héritier se faisant payer l'intégralité de leurs créances, tant sur les biens personnels de l'héritier que *sur ceux de la succession excédant la part de cet héritier dans la dette du défunt;* et les créanciers de la succession resteraient en partie impayés. Eux, à qui le législateur avait donné le droit de tenir à l'écart tout créancier personnel de l'héritier, qui dès lors peuvent dire à cet héritier: Si j'exclus vos créanciers qui ont droit sur vos biens, à plus forte raison dois-je l'emporter sur vous qui n'avez rien à leur disputer : *Si vinco vincentem te, vinco te.* Bien plus, on pourrait voir un héritier qu'un sentiment honorable porterait à acquitter les dettes de la succession au delà de sa part, paralysé dans ses bonnes intentions par l'intervention d'un de ses créanciers personnels qui, exerçant ses droits et actions, offrirait aux créanciers de la succession la part de l'héritier dans sa dette et se ferait payer lui-même sur le surplus du lot recueilli par l'héritier. De telles énormités possibles ne sont-elles pas la meilleure réfutation du système qui fait prédominer le principe de la division des dettes sur le droit de gage?

Citons, en terminant, comme un résumé clair et complet sur la thèse, l'arrêt suivant de la Cour de Bordeaux, du 14 juillet 1836 (Dalloz, 1837, 175) :

« Considérant que ce système (celui des effets attribués à la division des dettes) tend à rendre illusoire le bénéfice de la séparation des patrimoines; que le créancier du défunt courrait ainsi le danger de n'être payé qu'en partie, tandis que

l'héritier de son débiteur jouirait paisiblement du bien composant la succession; que ce résultat blesse un trop grand nombre de principes pour qu'il puisse être admis par la Cour.—Que la division des dettes a lieu lorsque l'héritier est poursuivi par l'action *personnelle;* mais qu'il en est autrement lorsque le créancier du défunt, exerçant le privilége de la séparation, s'adresse, pour avoir payement, au patrimoine de son débiteur, et nullement à la personne de l'héritier; qu'il s'agit alors d'un droit *réel* qui frappe sur les biens; qu'un pareil droit est indivisible; que tous les biens du débiteur étant affectés au payement des dettes qu'il a contractées, l'héritier ne peut retenir aucune partie de ces biens, tant que les engagements de celui qu'il représente n'ont pas été entièrement acquittés; qu'en pareille matière, ce n'est pas l'héritier qui est débiteur, mais le défunt, ou, pour s'exprimer plus nettement, *sa succession :* qu'on arrive, par une chaîne de raisonnements qu'on a vainement essayé de briser, à cette conséquence inattaquable, qu'*aucune portion* des biens héréditaires ne peut être affranchie de la nécessité d'acquitter intégralement toutes les dettes du défunt. »

LAFONTAINE.

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS,

Précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome, par M. F. Laferrière, membre de l'Institut, inspecteur général des facultés de droit, t. V et VI. Paris, 1858. — Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État.

Compte-rendu par M. G. Nypels, professeur en droit et recteur en l'Université de Liége [1].

Les quatre premiers volumes de l'*Histoire du droit français* embrassent ce qu'on peut appeler les grandes sources du droit : le droit *romain*, le droit *germanique*, le droit *canon* et le droit

[1] Voir sur les tomes I, II, III et IV, les articles publiés par M. le professeur Nypels dans la *Revue de droit français et étranger*, de Fœlix (1849), tome VI, p. 861; et la *Revue critique de législation* (1854), tome V, p. 463.

féodal. L'auteur a étudié successivement ces sources en elles-mêmes; chacune d'elles fait l'objet d'un livre particulier dans lequel est écrite leur histoire externe et interne. — Ces éléments primitifs étant bien reconnus, il faillait suivre leurs traces respectives dans les coutumes de France, pour déterminer l'origine et faire l'histoire des diverses dispositions coutumières. Tel est le but des deux nouveaux volumes dont M. Laferrière vient d'enrichir la littérature juridique de la France.

Un intervalle de près de cinq ans sépare la publication de ces volumes de la publication du volume précédent. M. Laferrière a cru qu'il devait justifier en quelque sorte, cette *longue* interruption de ses publications; « mon excuse, dit-il, est dans le sujet de ces volumes. » Il n'est pas, je pense, un lecteur sérieux qui, après avoir jeté un coup d'œil sur la table des matières, ne trouve cette excuse complétement satisfaisante; et quand il aura pénétré plus avant dans les volumes, il se demandera peut-être comment un seul homme a pu accomplir *en aussi peu de temps*, un travail qui a exigé des déplacements fréquents et des études pleines de difficultés de toute espèce.

La dernière des grandes sources que je viens d'énumérer, a déjà été l'objet des études de M. Laferrière. Il a écrit, dans son quatrième volume, l'histoire du droit féodal, depuis le Xe jusqu'à la fin du XIIIe siècle.

Dans cet intervalle, la féodalité s'établit et se développe pendant un siècle et demi; elle atteint son apogée vers la fin du XIe siècle. C'est l'époque de la féodalité *absolue*, ou de l'*anarchie féodale*. Époque désastreuse pendant laquelle la violence prédomine partout.

Mais les croisades vont précipiter l'Europe sur l'Asie; elles entraînent avec elles les guerres privées, et un état de choses moins irrégulier prend naissance. — Alors de nouveaux rapports s'établissent; la condition des hommes, des choses, des institutions judiciaires se modifie. C'est l'époque de *décroissance* de la féodalité; elle comprend le XIIe et le XIIIe siècle. Mais ce qui fut une époque de décroissance pour la féodalité, devient une époque de progrès pour la société. La féodalité se modifie par son union avec les chartes communales, les usages locaux, le droit romain, le droit canonique, et elle produit un droit territorial et mixte qu'on peut appeler le droit coutumier du moyen âge.

Des monuments contemporains nous ont conservé les règles du droit de cette époque : les lois lombardes et le livre des fiefs de Milan ; — les lois anglo-normandes ; — les assises de Jérusalem et les coutumes de l'empire de Romanie. L'histoire de ces divers monuments, tous *nés hors de France*, fait également partie des études antérieures de M. Laferrière. Il va étudier maintenant les monuments du moyen âge, *nés sur le sol même du pays*, et appliqués, du XIIIe au XVIe siècle, dans les diverses provinces.

» C'est un spectacle curieux et instructif, dit-il, que celui offert par l'ensemble et la variété des monuments du droit au moyen âge, qui ont leur type supérieur, au nord, dans le livre de Beaumanoir et les Établissements de saint Louis, au sud, dans les coutumes d'Arles, de Toulouse, du Béarn. Mais les coutumiers acquièrent surtout un grand intérêt quand on les considère successivement, selon un certain ordre géographique, dans leurs rapports avec les lieux et les temps qui les ont vus naître. Une lumière inattendue sort, pour l'histoire du droit, de cette géographie morale et politique des coutumes de France ; et l'on suit avec un intérêt tout national, les efforts qui tendent, au milieu des diversités de provinces et de races, vers l'uniformité des principes et des institutions, sinon dans la France entière, du moins dans plusieurs de ses grandes régions. Telle est l'étude ici proposée ; tel est l'objet du livre VII, l'un des plus importants et des plus difficiles de toute l'histoire du droit français. »

« Je vais donc rechercher dans nos provinces du nord et du midi, de l'est, de l'ouest et du centre, les documents féodaux et les coutumiers du moyen âge produits ou reçus par chacune d'elles, et, à leur défaut, les dispositions, de rédaction moins ancienne, qui portent l'empreinte traditionnelle de la même époque. — Je veux tâcher de présenter, pour la première fois, l'histoire juridique de la France féodale et coutumière dans un certain ordre géographique, en rappelant les provinces, les monuments et les coutumes *de la circonférence au centre du royaume.* »

M. Laferrière divise la France (dans ses limites actuelles), en six grandes régions : de l'est et du sud-est, — du midi, — de la chaîne des Pyrénées, — du sud-ouest et de l'ouest, — du nord, — et enfin, du centre. Chacune de ces régions présente un esprit propre qui se manifeste dans ses coutumes provin-

ciales. Voici les principaux traits du chapitre où M. Laferrière les caractérise.

Dans la première région, qui s'étend de la Lorraine aux bouches du Rhône, se trouvent les provinces sur lesquelles s'est exercée, à des degrés divers, la suzeraineté de l'Empire. C'est l'Alsace avec ses mœurs germaniques et son droit féodal conforme au *Livre des fiefs* et au *Miroir de Souabe*; c'est le Dauphiné qui unit le régime féodal à l'esprit libre de la propriété romaine. C'est la Lorraine qui participe à deux organisations différentes, la France et l'Allemagne; la Franche-Comté qui subit dans ses montagnes la féodalité civile dans toute sa rigueur; Lyon rattachée aux traditions du droit italique, par la charte épiscopale de 1320; et la Provence enfin qui, transformée par la féodalité conquérante de la maison d'Anjou, garde à peine du droit romain quelque reste de propriété libre, et reçoit du droit féodal la présomption de *Seigneurie universelle.*

Dans la région du midi, qui renferme une partie de l'ancienne Provence, le Languedoc en entier et l'Albigeois, ce qui caractérise les coutumes, c'est l'affranchissement ou la restriction des droits seigneuriaux; c'est l'esprit du droit romain antérieur à Justinien qui s'associe à la constitution libre des grandes villes; c'est enfin l'autorité religieuse dans la puissance temporelle de l'évêque d'Albi.

Dans la troisième région, celle des Pyrénées, on trouve, de Bayonne à Perpignan, l'esprit des coutumes ibériennes, plus ou moins modifiées par le mélange des races gallo-romaines et visigothiques; dans le Béarn, l'alliance de la liberté et de la féodalité; dans le pays de Foix et le val d'Andorre, des populations mixtes sans caractère original, tandis que dans les montagnes, l'unité de race et de tribu protége des mœurs primitives et patriarcales; à Perpignan enfin, et dans le Roussillon, la lutte du droit romain contre l'esprit visigothique uni aux usages féodaux de Barcelone.

Dans la région du sud-ouest et de l'ouest, à Bordeaux et dans la Guienne, domine, sous la suprématie anglaise, à côté de la liberté municipale des cités, la féodalité militaire avec le droit d'aînesse et l'indivisibilité des grands fiefs. — Dans la Bretagne et la Normandie le même esprit de seigneurie aristocratique et militaire triomphe de l'égalité celtique.

Dans la région du nord domine l'esprit germanique; mais à côté se trouve la grande exception de la Champagne et des coutumes de Reims où la noblesse par les femmes, contraste si fortement avec le droit de masculinité du droit germanique et où l'esprit du christianisme repousse insensiblement la servitude personnelle.

Dans la sixième région enfin, le centre de la France, c'est la féodalité politique et civile, disciplinée par la puissance royale et codifiée dans les *Établissements de saint Louis*, qui développe son esprit civilisateur en s'associant aux usages locaux, dans les coutumes de l'Anjou et du Poitou; de l'Auvergne et du Berri; de Lorris et de Paris.

Remarquons ici que M. Laferrière ne mentionne, en quelque sorte que pour mémoire, la division si connue et si souvent répétée de la France, en *pays de droit coutumier* et *pays de droit écrit*. Ces dénominations sont en effet impropres. Les pays de droit écrit avaient des coutumes aussi bien que les pays de droit coutumier; pourquoi donc s'attacher à des dénominations qui donnent des idées fausses sur le véritable état de choses. Cependant, qu'on veuille bien faire attention que la critique ne porte que sur les *dénominations* et non sur la division en elle-même qui est basée sur des différences très-profondes déjà mises en lumière dans les *Établissements de saint Louis*, au XIII siècle. On aurait dû abandonner ces dénominations lorsqu'on écrivit les coutumes. Cette remarque avait déjà été faite par M. Berriat-Saint-Prix [1].

Je reviens maintenant sur mes pas, pour parler plus amplement du droit des provinces comprises dans la région de l'est et du sud-est.

Cette région s'étend, comme on l'a vu ci-dessus, de la Lorraine aux bouches du Rhône. Elle comprend conséquemment toutes les provinces de l'est de la France, du nord au sud; la Lorraine, l'Alsace, le Duché et la Franche-Comté de Bourgogne, le Dauphiné et la Provence. Dans toutes ces provinces, s'est exercée à des degrés divers la suzeraineté de l'Empire. L'autorité du *Livre des fiefs* s'y fait sentir, mais il rencontre, sur quelques points fondamentaux, une vive résistance.

La dépendance du fief ou sa transformation, plus ou moins

[1] *Histoire du droit romain*, p. 218. Paris, 1821. Voy. aussi M. Warnkönig, *Französische Staats-und Rechtsgeschichte*. — Basle, 1848, t. II, p. 31.

avancée, en chose de patrimoine ; le droit d'aînesse ou son absence ; le droit de masculinité ou le droit plus favorable aux femmes : tels sont les points fondamentaux qui différencient les coutumes de cette région, comme nous allons le voir.

I. *Lorraine.* Les coutumes de Lorraine ont leur source dans les lois germaniques, les mœurs féodales et les décisions du droit romain mêlées aux usages du pays. Il n'existe aucun monument particulier de ces coutumes, recueilli au moyen âge. On ne peut conséquemment rétablir le droit de cette époque, qu'au moyen des coutumes rédigées par écrit dans le courant du XVIe siècle : Les coutumes des trois bailliages de Lorraine (Nancy-Vosges et Allemagne) ; celles du Barrois et celles de Metz et du pays Messin. Et, en effet, les procès-verbaux de la rédaction de ces coutumes affirment que les praticiens qui les ont recueillies n'ont fait que constater *les usages de tout temps reconnus comme anciennes coutumes.*

D'un autre côté, à ces pays se rattache un coutumier important qui est bien du moyen âge : *Le Miroir de Souabe* (*Schwabenspiegel*). M. Laferrière donne quelques renseignements sur l'histoire et les divers manuscrits de cet intéressant document ; et, à cette occasion, il caractérise aussi le *Miroir de Saxe* (*Sachsenspiegel*).

Le *Miroir de Saxe* est le type du droit commun du nord de l'Allemagne ; le *Miroir de Souabe*, du midi. Suivant l'opinion commune, le *Miroir de Saxe* est antérieur au *Miroir de Souabe*[1], il a été composé entre 1231 et 1235, par un praticien de la Thuringe, nommé *Eike von Repgow*. L'auteur du *Miroir de Souabe* est inconnu ; les uns l'attribuent à un moine d'Augsbourg, nommé David ; d'autres, à un moine de Ratisbonne, nommé Berthold. Il a été composé entre 1276 et 1287, sur le modèle du *Miroir de Saxe.*

Les deux *Miroirs* ont joui d'une grande autorité qui s'étendait en dehors de l'Allemagne. Le *Miroir de Saxe* était cité devant les tribunaux de Pologne et des Pays-Bas. Le *Miroir de Souabe* faisait autorité, en Suisse, en Lorraine et en Alsace. Un manuscrit offre un intérêt particulier pour ces dernières pro-

[1] Un jurisconsulte estimable, M. Daniels, a cherché récemment à établir que le miroir de Souabe est, au contraire, antérieur au miroir de Saxe. Mais cette opinion a été combattue avec succès par M. *Sachse* dans le *Kritische Zeitschrift fur die Gesammt. Rechtswif.* Heidelberg, 1852. Liv. 2.

vinces ; c'est celui d'une traduction française en langage du moyen âge, trouvé dans la bibliothèque de Berne et publié en 1843 par M. Mattile, professeur en droit à l'académie de Neuchâtel.

Après avoir décrit les monuments du droit, M. Laferrière jette un coup d'œil sur la province elle-même dont il résume l'histoire ; et il expose à grands traits, les caractères principaux de son droit coutumier.

Le fondateur de la maison de Lorraine, Gérard d'Alsace, avait reçu le Duché, en 1048, de l'empereur Henri III, successeur de Conrad le Salique. En lui commence un nouvel ordre de choses. Nonobstant la loi de Conrad (1038) qui avait établi la succession en ligne directe, seulement pour les bénéfices ordinaires et non pour les *fiefs de dignité* [1], Gérard transmit le Duché à son fils aîné, Thierry, qui le transmit également à son fils aîné. Ces successions se continuèrent pendant près de sept siècles. Ainsi s'établit en Lorraine, l'hérédité et le droit d'aînesse pour le fief de dignité, malgré les lois impériales, malgré la suzeraineté de l'Empire. Il ne resta à l'empereur que le droit d'investiture. Le droit féodal de la France avait prévalu sur le droit féodal de l'Allemagne et de l'Italie.

Cette transformation du fief de l'Empire en fief héréditaire, exerça une influence favorable sur le droit coutumier de la Lorraine. La Cour suprême de justice fit passer dans la jurisprudence féodale de la province, le droit qui avait prévalu dans la transmission du Duché lui-même. Désormais fut reconnu le principe que « le fief doit se gouverner par la coutume en laquelle il est situé, non par la coutume où est assis le fief dominant : » restriction notable à l'autorité des lois impériales.

Une autre exception s'établit en opposition avec le droit de l'Empire : les femmes furent reconnues capables de succéder aux fiefs et de les transmettre. Cela était admis pour les fiefs ordinaires comme pour les fiefs de dignité. On peut remarquer à ce sujet, que tel était aussi l'esprit de la loi des Burgondes qui faisait contraste, sur ce point, avec la loi salique.

L'influence de la coutume française et celle du *Livre des fiefs* se sont plusieurs fois mêlées et contrebalancées, dans les anciennes coutumes de Lorraine. On trouve des traces de ce mé-

[1] C'étaient les duchés, marquisats, comtés, etc. Voy. *Lib. feud.* I, 14 frag.

lange dans les dispositions sur le droit d'aînesse, sur le droit de masculinité et sur la *commise* des fiefs. Cependant, ce mélange n'apparaît pas dans les coutumes du pays Messin. Là, tout est net et bien tranché, soit en faveur du droit lombard, soit en faveur du droit romain. Ainsi, la coutume de Metz admettait, d'une manière absolue, l'égalité du partage dans les successions féodales. Cela était conforme au *Miroir de Souabe* qui n'accordait à l'aîné d'autre préciput que l'épée du défunt. Il y avait conformité aussi entre la coutume de Metz et le *Miroir de Souabe*, quant à la présomption de liberté des biens. « Terre prétendue féodale, disait Metz, doit être reconnue ou » prouvée, autrement elle sera tenue *allodiale*. » C'est la maxime du midi de la France : *Nul seigneur sans titre*. Ce rapport du nord au sud, dit M. Laferrière, vient du droit romain. L'ancienne coutume de Metz avait puisé dans ce droit la plupart de ses principes. Ainsi, elle n'admettait pas la communauté de biens entre époux, à moins de stipulations expresses ; elle permettait les avantages entre époux ; elle préférait l'héritier testamentaire au parent successible non institué; elle n'admettait pas le retrait lignager, à moins de réserve expresse dans les titres; elle fondait les successions *ab intestat* en ligne collatérale sur la proximité des degrés et non sur l'origine des biens, etc.

Il est un point où la coutume de Metz se sépare du droit romain et prend un caractère original et singulier. Elle reconnaît le droit de disposer des *biens fonds*, par acte entre-vifs, mais elle défend d'en disposer par testament ou donation à cause de mort. Cependant, pour restreindre les conséquences trop absolues de cette prohibition, elle crée une nature de biens immeubles qui, sous le nom d'acquêts de *gagière* ou *wagières*, sont assimilés aux biens meubles pour le droit de disposition, de douaire et de succession. Voici quels étaient, d'après les anciens usages, les formes pour l'acquisition des biens par *gagière*. L'immeuble était acquis fictivement par une personne qui disait avoir emprunté d'un tiers la sommes servant à payer le prix de vente. Cet acquéreur apparent engageait ensuite fictivement l'immeuble au tiers qui avait fourni l'argent et celui-ci gardait l'immeuble comme un gage, pour tenir lieu de la somme prêtée. Cet immeuble était censé représenter toujours l'argent prêté et on pouvait en disposer comme d'un *bien*

meuble. Le *Miroir de Souabe* emploie le mot *gagière* dans le même sens; mais il en excluait les fiefs.

Passant ensuite aux institutions judiciaires, M. Laferrière en décrit une, assez notable pour mériter une mention particulière : *Les assises de l'ancienne chevalerie de Lorraine.*

L'origine de cette Cour se perd dans la nuit des temps. Elle était composée d'un seul élément : la plus ancienne noblesse du pays. La juridiction que chaque seigneur exerçait dans ses terres, à l'égard de ses vassaux, était une justice particulière, inférieure à celle des assises de la chevalerie, et tout seigneur n'avait pas séance aux assises. Sa compétence était très-étendue : tantôt Cour de premier et dernier ressort, tantôt Cour d'appel, elle n'était pas, comme ailleurs, exclusivement féodale; elle embrassait tous les objets meubles et immeubles. Dans les cas graves, les anciens chevaliers formaient aussi le conseil du duc de Lorraine. Ainsi ces assises différaient des autres Cours de justice et par leur composition et par leurs attributions. Les ducs de Lorraine ont souvent, mais vainement, cherché à restreindre les priviléges de cette chevalerie qui se maintint jusqu'à la première réunion de la Lorraine à la France, en 1634, et fut détruite par Richelieu.

II. *Alsace.* L'Alsace n'avait pas de coutumier à elle propre. Le *Miroir de Souabe*, pour le droit provincial, et le droit romain, comme droit commun, en tenaient lieu. Sa jurisprudence féodale était fondée principalement sur le *Livre des fiefs* et le *Miroir de Souabe.* On peut consulter aussi avec fruit, pour le droit de cette province, au moyen âge : Les *Formulæ alsaticæ* recueillies par Goldast; les formules publiées par M. de Rozière, d'après deux manuscrits de Strasbourg et de Saint-Gall, et les anciens statuts des villes publiées par Zeuss, dans les *Traditiones, possessionesque wizenburgenses* où l'on trouve aussi le *Polyptyque* d'Edelin.

Au Xe siècle l'Alsace était placée sous le gouvernement des ducs de Souabe. Deux siècles plus tard, elle formait une province à part dont le premier chef, appelé comte ou landgrave, fut Albert le Riche [1180]. Jusqu'en 1648 la haute et la basse Alsace ont formé un fief de l'Empire.

Les fiefs, en Alsace, étaient masculins, sauf deux exceptions qui s'appliquaient aux *fiefs oblats* [1] et aux fiefs acquis moyen-

[1] On appelait ainsi les fiefs offerts à un seigneur puissant ecclésiastique

nant finance, auxquels les filles succédaient. Une distinction essentielle caractérisait la transmission des fiefs. Le fief ordinaire (*ex pacto et providentia*) se transmettait par *substitution* plus que par *hérédité*. Les fils et les héritiers mâles succédaient à la chose en vue du service militaire, plutôt qu'à la personne. Les autres fiefs se transmettaient aux successeurs comme héritiers, pourvu qu'ils fussent concédés dans l'investiture, en faveur du vassal *et de ses hoirs*, car, dans le doute, le fief était réputé *ex pacto*. Héréditaire ou substitué, le fief était transmis aux enfants mâles *sans droit d'aînesse*, avec droit de représentation à l'infini, en ligne directe. S'il n'y avait de parent mâle qu'un ascendant, le fief faisait retour au seigneur suzerain, cet ascendant étant, à cause de son âge, réputé incapable de faire personnellement le service du fief. Il y avait défense absolue d'aliéner, engager ou hypothéquer le fief, à peine de commise ou confiscation. C'était le droit du *Livre des fiefs lombards* et du *Miroir de Souabe*; droit tellement empreint dans les mœurs qu'il persista, malgré l'édit contraire de 1697 qui dût être retiré par un arrêt du conseil.

Les seigneurs alsaciens avaient, comme presque tous les seigneurs allemands, le droit de main morte appelé en Alsace : *Buttheil* [2]. Lorsqu'un habitant de la seigneurie mourait, le seigneur partageait par moitié les bestiaux avec la famille, et à défaut de bestiaux, les meubles et les habits du défunt; et s'il n'y avait rien, l'officier du seigneur emportait un siége à trois jambes pour constater et conserver le droit de son maître.

Les campagnes de l'Alsace ont été soumises au servage jusqu'à la fin du XIIIe siècle. Rodolphe de Habsbourg le premier, donna des chartes de manumission. Alors les villages se constituèrent en association communale, sous le nom de *villæ*; elles eurent leurs coutumes, leurs juridictions, leurs préposés électifs, *Dorfrecht*, *Dorfgericht*, *Schultheiss*. Cependant, elles restèrent sous la protection ou l'autorité des seigneurs du terri-

ou laïque qui les rétrocédait comme *fiefs de reprise*. Ils sont nés dans les temps d'anarchie quand la force seule régnait. Alors les faibles offraient au souverain, aux évêchés ou aux monastères, leurs héritages pour les mettre à l'abri sous cette puissante tutelle.

[1] Voy. MITTERMAIER, *Grundsätze des gem. deuts. privatr.* 7e édit., § 93. (Principes fondamentaux du droit commun privé de l'Allemagne.) Cet excellent livre est une source abondante de renseignements bibliographiques pour l'histoire du droit de presque tous les pays de l'Europe.

toire. Ces institutions se rencontrent chez toutes les nations d'origine germanique.

Les coutumes des villages attestées par des actes de notoriété, te les usages des villes réglés ou attestés par des statuts, forment l'*Ancien statutaire d'Alsace*, recueil fourni en 1738 et 1739 au conseil souverain d'Alsace. On y rencontre les coutumes suivantes :

Tous les biens des époux, meubles et immeubles, existants au moment du mariage ou advenus depuis par succession, forment une masse commune; et à la dissolution du mariage, le mari ou ses représentants recueillent les *deux tiers*, la femme ou ses représentants le *tiers* de cette communauté générale.

A la mort du chef de famille, le plus jeune des fils, ou s'il n'y a pas d'enfants mâles, la plus jeune des filles garde la maison paternelle, mais à charge d'une estimation. C'est le droit de *mainetè*.

Les père et mère survivants succèdent à leurs enfants morts *ab intestat* et sans postérité, à l'exclusion des frères et sœurs.

Les avantages entre époux sont permis, soit avant, soit pendant le mariage, sans aucune restriction. Les conjoints ont la plus grande liberté à l'égard de leurs conventions matrimoniales. Ils peuvent en faire pour la première fois, après plusieurs années de mariage.

A défaut de contrat de mariage, tous les biens immeubles des conjoints, au décès de l'un d'eux sont *dévolus* aux enfants à titre de propriété, le survivant des époux conservant la propriété des meubles et l'usufruit des immeubles. C'est le droit de *dévolution* si connu dans les provinces belgiques et dans quelques parties de l'Allemagne.

Les institutions judiciaires, auxquelles M. Laferrière consacre toujours plusieurs pages, ne présentent, en Alsace, rien de particulier, qui mérite d'être signalé ici. Province d'Allemagne, ses Cours locales ressortissaient au Conseil aulique pour les questions féodales et à la Chambre impériale, pour les causes civiles. Cependant, la Haute-Alsace avait obtenu le privilége d'une Cour supérieure, présidée par un archiduc d'Autriche. Le droit de cette cour fut, plus tard, complétement assimilé au droit de la chambre impériale.

III. *Les deux Bourgognes* [duché et Franche-Comté]; *le pays Lyonnais; Bugey, Bresse et Dombes.*

M. Laferrière commence par donner des indications intéressantes et assez détaillées sur l'histoire politique des contrées qui font l'objet de cette section. Ces indications étaient nécessaire pour expliquer les liens de l'Empire avec ces contrées. Je crois pouvoir me dispenser d'analyser cette partie du livre; le lecteur voudra bien considérer la preuve comme établie et je passe immédiatement aux sections consacrées au droit coutumier de ces provinces.

L'auteur intervertit ici, pour l'exposition, l'ordre de sa rubrique. Le pays Lyonnais, le Bugey, etc..... apparaissent avant les deux Bourgognes.

Dès son origine, la ville de Lyon avait reçu un caractère de liberté municipale qu'elle n'a jamais perdu dans ses diverses transformations de régime. Créée par un décret du sénat romain, elle avait fait partie intégrante de la Gaule romaine et avait obtenu le *jus italicum*. Plus tard elle fut réputée ville impériale. Au XIIe siècle son archevêque, primat des Gaules, devint à peu près comte souverain et le chapitre de la cathédrale fut associé à sa domination territoriale et à ses droits de juridiction temporelle. Cependant, en 1272, Philippe le Hardi exigea le serment de fidélité de l'archevêque, et bientôt Lyon fut réuni au royaume, en restant ville libre sous la protection des rois.

Dans une charte épiscopale de 1320, sont rappelés les priviléges dont avait joui de tout temps la ville de Lyon : assemblée générale des citoyens, élection des consuls et échevins, droit de s'imposer pour les nécessités de la ville, mais exemption d'impôts et de tailles, en vertu de l'antique *jus italicum*; droit de garde, de milice et de prise d'armes pour l'utilité publique; droit de juridiction dans l'intérieur de la ville et liberté provisoire pour les citoyens accusés, sauf le cas d'homicide et de trahison; successions des père et mère et des frères et sœurs affranchies de tout droit seigneurial; absence de *commise* féodale ou confiscation; liberté du commerce..... telles sont les bases de cette magnifique charte. Une seule exception y est faite à l'ancienne constitution toute municipale, c'est que l'archevêque et le chapitre de Lyon exerçaient une juridiction temporelle.

La faveur du droit romain, qui avait protégé Lyon dès son berceau, s'était étendue et s'est maintenue dans les territoires de la Bresse, du Bugey, de Gex, du pays de Dombes et du

Beaujolais, dans le moyen âge comme dans les temps modernes[1]. Tous ces territoires étaient nommés : *Terres de l'Empire;* aussi avaient-ils un droit analogue à celui de l'Empire : le droit romain comme *droit commun* et des usages locaux qui y dérogeaient en certains points. Le franc-alleu ou liberté des héritages était la coutume territoriale. On n'y trouve pas de coutumes générales, ce qui s'explique par le rôle important que remplit le Droit romain. Il y avait pour le régime des fiefs et de quelques terres seigneuriales des chartes particulières, comme celles de Dombes; ou des statuts locaux, comme ceux recueillis, en 1430, pour la Bresse. L'auteur en précise l'esprit.

Bourgogne. Les Éduens, qui habitaient le territoire devenu la Bourgogne, étaient compris parmi les peuples alliés de Rome, jouissant de leurs droits et usages. La civilisation fit parmi eux, de rapides progrès, c'est à la célèbre école d'Autun que la noblesse gauloise venait chercher l'instruction.

Au Ve siècle, les Burgundes s'établirent successivement sur les rives du Doubs, de la Saône et du Rhône, dans la province Séquanaise et la première Lyonnaise. Ils partagèrent les terres, s'attribuant les deux tiers du sol cultivable et la moitié des forêts. Cependant, les conquérants et les naturels du pays vécurent sans trouble, les uns à côté des autres. Par l'effet du partage, ils eurent des rapports obligés, des intérêts communs, et cette situation amena fréquemment les nouveaux propriétaires à pratiquer les usages suivis par les indigènes ou Gallo-Romains. Chaque race de propriétaires avait néanmoins sa loi particulière et ses chefs. Mais la loi germanique des Burgondes [*Loi Gombette*] était impartiale entre les possesseurs germaniques et les possesseurs indigènes; elle maintenait l'égalité entre les deux races. Ce principe de justice produisit, après quelques siècles, le mélange ou la fusion des races et des coutumes.

La loi romaine régissait les personnes et les terres des naturels du pays, les biens du clergé, et elle avait étendu son influence sur les Germains, par les rapports fréquents dont je viens

[1] Un savant magistrat de la Cour de Lyon, M. *Valentin Smith*, a publié récemment un recueil de Chartes relatives au pays de Dombes, sous le titre de *Biblioteca Dombensis*. On voit dans une de ces Chartes que la dot était régie à Dombes, non par le droit Justinien, mais par la loi Julia *de fundo dotali*. C'est une preuve directe que l'ancien droit romain s'y était propagé dès les premiers temps. M. Laferrière signale ce recueil avec intérêt.

de parler : à la longue, elle devint prépondérante. Au IXe siècle la loi Gombette n'était plus suivie que par un nombre très-restreint de personnes : *Cujus legis perpauci*, dit Agobard. Cependant quelques-unes de ses dispositions étaient entrées dans les mœurs du pays, par suite de leur analogie avec les principes de la féodalité; notamment la disposition relative à l'hérédité des bénéfices avec obligation de services et de foi, et le duel judiciaire. On retrouve ces deux éléments dans les coutumes de Bourgogne qui remplacèrent la *lex romana* et la *lex burgundionum* du Ve siècle. Ce mélange de deux principes d'origine différente est le trait caractéristique du droit de la Bourgogne au moyen âge.

Le *duché de Bourgogne* possédait, du XIIIe au XIVe siècle, plusieurs coutumiers qui ont été publiés par le président Bouhier, mais pas toujours dans l'ordre que présentaient les manuscrits. De nos jours, M. Giraud a publié [1] un manuscrit de la bibliothèque publique de Dijon, compilé par un praticien inconnu et qui complète heureusement le travail du président Bouhier.

La *Franche-Comté de Bourgogne* n'avait pas de coutumier qui lui fut propre, avant la rédaction de sa coutume au XVe siècle. Il n'existait pour ce pays qu'un document spécial émané du parlement qui avait, en 1451, mis par écrit seize articles de coutumes notoires. « Mais, dit M. Laferrière, en interrogeant les anciens coutumiers de Bourgogne et en les comparant soit aux chartes du comté, soit aux coutumes notoires de 1451, soit à la coutume de 1459, on peut retrouver l'ancien droit de la Franche-Comté aussi sûrement que celui du Duché. »

Les coutumes des deux Bourgognes furent rédigées officiellement par les trois États du pays, sous le règne de Philippe le Bon, qui les promulgua séparément, comme duc et comme comte, dans le courant de l'année 1459. Ce furent les premières coutumes rédigées officiellement en France.

Pour déterminer le caractère des coutumes dans les deux Bourgognes, et faire ressortir les différences qui existent entre elles, M. Laferrière s'attache principalement à deux points : la condition des fiefs et l'état des mainmortables.

[1] Sous le titre : *Coustumes et Stilles gardés au duchée de Bourgogne;* à la suite de l'*Essai sur l'Histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 268 sq.

1° En Bourgogne, nul ne peut tenir de fief s'il n'est noble. C'est le droit des deux provinces; il est conforme à la loi des Burgundes et au droit de l'Empire, où la noblesse des armes et le fief militaire prédominent.

Dans le Duché, le privilége de masculinité, d'origine germanique, existe pour le fief *de dignité*. Pour les fiefs ordinaires, ce privilége était aboli au XII° siècle dans la ligne directe, mais il s'est maintenu dans les successions collatérales. En Franche-Comté, au contraire, le fief de dignité était féminin dès l'origine de sa constitution [1]. Il a conservé ce caractère, et les fiefs ordinaires y étaient également transmissibles aux femmes.

L'égalité du partage des fiefs était la règle dans les deux provinces; le droit d'aînesse n'y a jamais prévalu. Cependant, la condition de l'aîné différait de celle de ses frères dans le droit de *parage* ou de *frérage*. Primitivement, dans les deux Bourgognes, lorsque le fief se partageait entre deux frères, le puîné relevait de l'aîné, son seigneur direct; l'aîné seul faisait hommage au chef seigneur. En 1209, Philippe-Auguste obligea les frères puînés à rendre directement hommage de leur part de fief au chef seigneur. Cette ordonnance fut observée dans le Duché, et passa dans la coutume écrite de 1459. Il en fut autrement dans la Franche-Comté; là, les anciennes dispositions coutumières persistèrent, et la coutume de 1459 les consacra. C'était le droit du *Livre des fiefs* et du *Miroir de Souabe*, d'après lesquels l'aîné seul faisait hommage au chef seigneur.

Les anciennes coutumes de Bourgogne, conformes en ce point encore au *Livre des fiefs*, défendaient de vendre le fief sans le consentement du seigneur. Si la vente avait eu lieu, *la chose était commise et acquise au seigneur du fief*. L'influence du droit français fut impuissante à supprimer ce droit de commise; seulement, d'après les coutumes des deux Bourgognes rédigées au XV° siècle, la commise était encourue non par le contrat de vente, mais par *la tradition de la chose*.

Dans les anciennes coutumes, le *retrait féodal* l'emportait sur le *retrait lignager*; le seigneur pouvait écarter à la fois l'acquéreur étranger du fief et le parent du vendeur qui voulait

[1] En 957, le duc Gisalbert détacha la partie orientale de ses possessions, pour en faire *la dot de sa fille*. Cette partie reçut plus tard le nom de Franche-Comté, par suite d'un refus d'hommage au vicaire de l'Empire étranger au sang des rois d'Arles.

exercer le retrait lignager. Ce droit fut maintenu dans la coutume de la Franche-Comté, rédigée au XVe siècle. La coutume du Duché donnait, au contraire, la préférence au retrait lignager. Ainsi la coutume de la Franche-Comté resta plus fidèle à l'esprit du *Livre des fiefs* et au caractère primitif de la féodalité militaire, qui voulait que le seigneur choisît lui-même ses vassaux.

2° Dans la Franche-Comté, où la féodalité politique eut une certaine indépendance qu'exprime le nom même de la province, la féodalité civile s'appesantit sur la classe inférieure plus rudement que dans les autres provinces. C'est là que la condition serve, sous le nom de *mainmorte*, fut la plus dure et la plus persistante. Cet état de servage existait enfin, mais avec un caractère différent, dans le duché de Bourgogne.

M. Laferrière recherche l'origine de ce droit de *mainmorte*, pour en déterminer le caractère. Il concilie les idées trop exclusives en sens contraire de Chasseneux et Dunod, d'un côté, et de Perreciot, de l'autre; et il arrive à cette conclusion que la mainmorte, en Bourgogne comme ailleurs, procède de la combinaison du colonat romain avec les principes nouveaux de la féodalité; que le servage au moyen âge est la *subordination de l'homme à la terre*, que la condition du mainmortable est ordinairement *réelle*, et que du moment où il veut se séparer de la terre qui l'oblige, il reprend son droit personnel avec sa liberté.

Tel était, en effet, le caractère de la mainmorte dans le droit général des deux Bourgognes. Les anciennes coutumes l'exprimaient par cette formule : « *Nul n'est serf en Bourgogne que quand il lui plaît;* » et la coutume rédigée au XVe siècle pour le Duché disait, afin d'exclure toute équivoque : « Au duché de Bourgogne n'a nul homme *serfs de corps.* » Mais dans la Franche-Comté, la mainmorte réelle n'avait pas pris ce caractère exclusif. La coutume de 1459 est muette sur le servage personnel, et, dans une partie de la province au moins, la servitude conserva jusqu'en 1789 le caractère primitif et les effets les plus rigoureux du servage. Les droits de *suite*, de *poursuite* et de *formariage* donnaient au seigneur la faculté de suivre partout la personne du serf, de saisir ses biens quels qu'ils fussent, sans que jamais la liberté de la personne ou la propriété de la chose pût être prescrite contre le seigneur.

M. Laferrière donne ensuite des renseignements fort intéres-

sants sur l'état des serfs vivant soit en communauté, soit isolément; je regrette que le défaut d'espace ne me permette pas de le suivre dans ces recherches; je ne puis qu'engager le lecteur à recourir au livre même.

Les institutions judiciaires de la Bourgogne n'ont rien qui les distingue des institutions communes de la féodalité; aussi M. Laferrière n'en parle-t-il que très-sommairement. « Les ducs et comtes avaient leurs *Grands jours* ou *Jours généraux*, assises ambulatoires pour la juridiction supérieure. Le parlement de Dijon ne fut créé qu'en 1476, par Louis XI, lors de la réunion du Duché à la couronne; et celui de Dôle, créé en 1422 par Philippe le Bon pour la Franche-Comté, ne fut vraiment institué qu'en 1531 par l'empereur Charles-Quint.

Passons de la Bourgogne dans le Dauphiné.

IV. Le *Dauphiné* a autrefois dépendu de l'Empire pour avoir fait partie du royaume éphémère d'Arles; des lettres patentes de Frédéric II, de 1247, reconnaissent encore formellement les droits de l'empereur. En 1349, il fut transféré à la maison de France par le dernier dauphin, Humbert II [1]; et le traité qui fut conclu à cette occasion avec Philippe de Valois, ne fait plus aucune mention de l'Empire ou des droits de l'empereur.

Quoiqu'il n'existe aucun ancien coutumier qui prouve par des textes formels l'application des constitutions féodales de l'Empire dans le Dauphiné, il est certain néanmoins que le *Livre des fiefs* y était observé comme droit écrit; *sicut jus scriptum observatur*, dit Guy-Pape. Le droit féodal de ce pays, au moyen âge, se distinguait, au surplus, par son esprit vraiment libéral,

Le statut de 1349, par lequel Humbert avait cédé ses possessions à la France, prononça formellement l'abolition de la main-morte. « Le dauphin, dit M. Laferrière, en donnant à la France des sujets nouveaux, ne voulut lui donner que des sujets libres. »

Le droit du Dauphiné s'écarte du *Livre des fiefs*, principalement en ce qui concerne les successions. Il admettait les femmes à la succession du fief. Primitivement les fiefs y étaient réputés patrimoniaux quant au droit d'hérédité, mais non quant au droit d'aliénation; la donation entre-vifs du fief était réputée cas de *commise*. Après la réunion à la France, cette jurispru-

[1] L'acte solennel contenait donation entre-vifs au profit de Charles, qui fut depuis le roi Charles V, avec substitution implicite du Delphinat *en faveur du fils aîné de chaque roi de France*.

dence se modifia, et vers la fin du XVe siècle les fiefs étaient considérés comme patrimoniaux aussi sous ce dernier rapport. C'était le droit commun de la France qui prévalait. Mais la jurisprudence coutumière du Dauphiné alla plus loin. Tandis qu'en France le droit de retrait féodal était attaché *de plein droit* au domaine direct, en Dauphiné la coutume exigeait une *stipulation expresse* pour établir ce droit. C'était la liberté des conventions romaines appliquée aux fiefs. Il en était de même du droit de *lods*, de *relief* ou *rachat* (*plait seigneurial* en Dauphiné), perçu par le seigneur à la suite de chaque mutation ; ce droit exigeait également une stipulation expresse.

La règle de succession était la même, quelles que fussent la *nature* des biens et la *qualité* des personnes. Il n'y avait ni droit d'aînesse, ni droit de masculinité, ni exclusion des ascendants du droit de succéder aux fiefs de leurs descendants. « Ainsi, dit M. Laferrière, la constitution *réelle* de la famille selon le droit féodal disparaissait..... L'aristocratie territoriale n'avait point de base dès lors dans les institutions civiles, et la féodalité ne pouvait vivre et se transmettre que par des dispositions particulières que l'esprit du moyen âge pouvait inspirer à la liberté testamentaire du père de famille. »

Ajoutons un dernier trait à ce tableau de la jurisprudence féodale du Dauphiné. Les jurisconsultes du pays, Guy-Pape, Expilly et Salvaing, enseignaient que le vassal pouvait prescrire contre le seigneur par la prescription centenaire, le domaine direct, la foi, la liberté du fief, qui reprenait alors la qualité d'alleu, et revenait à sa nature primitive de propriété libre : droit exorbitant, qui était rejeté formellement dans les autres parties de la France, même dans le Midi.

La justice féodale, dans le Dauphiné, n'avait rien d'abord qui la distinguât des usages ordinaires de la féodalité. Elle était exercée par les pairs de chaque fief dominant, c'est-à-dire par la cour seigneuriale, fondée selon les coutumes lombardes qui obligeaient tout vassal à suivre et aider le seigneur dans son plaid. Mais après le statut de 1349, le seigneur ou son délégué se trouve substitué aux pairs de la cour pour la justice civile et criminelle.

La Cour supérieure, investie du droit de statuer sur les appellations des autres justices, pour toute cause grave, était la cour du dauphin. Elle n'était pas sédentaire avant 1349, mais

depuis elle a dû toujours siéger à Grenoble. Cette cour fut réorganisée par le dauphin Humbert qui la transforma en *Conseil* tant pour l'exercice de la justice souveraine que pour le gouvernement et la police du pays. Le Conseil était composé de sept docteurs notables *institués à vie* par le dauphin ou ses successeurs. Il reçut plus tard le nom de *souverain consistoire du dauphin* ou *Conseil delphinal*; et enfin, Louis XI, étant encore dauphin, lui donna la qualication de *Parlement du Dauphiné*.

Au *conseil* comme au *parlement* delphinal, était attaché un haut fonctionnaire : le gouverneur du Dauphiné. Ce gouverneur exerçait, en quelque sorte, les droits souverains. Il avait la prééminence pour la justice du pays, comme pour l'administration. Les lettres, provisions ou autres actes de justice faits en conseil ou parlement, étaient intitulés et signés en son nom. Il avait droit de siéger, d'opiner et de présider au conseil ou parlement. Il convoquait librement les Etats de la province; il avait le droit de guerre et de grâce [sauf le crime de lèse-majesté]. — Ces pouvoirs extraordinaires qui n'avaient pour contre-poids que l'*inamovibilité des magistrats*, furent supprimés par Richelieu dans les dernières années de son administration. — Fait bien remarquable : à la fin du XVe siècle, Charles VIII avait demandé par *lettre close*, l'avis du parlement du Dauphiné sur les pouvoirs extraordinaires du gouverneur. Le parlement délibéra *en secret*, et après avoir énuméré toutes les attributions de ce haut fonctionnaire, il déclara « que tant qu'il plaira au roi de permettre et souffrir » que le gouverneur jouisse des choses contenues dans lesdits » articles, *il n'y aura que bien.* » Il faut que le Dauphiné ait été bien heureux en gouverneurs, pour envoyer une pareille réponse. Mais voici peut-être l'explication de la chose. Une glose sur l'acte de donation faite à la France, dit que « le Dauphiné *n'était pas du royaume*, quoiqu'il fut *inséparable du royaume.* » Par cette distinction subtile, les glossateurs delphinois indiquaient que le dauphin devait librement administrer selon les coutumes du pays et que l'*administration du roi ne devait pas s'y exercer*. Or, le dauphin, qui depuis fut Louis XI, poussa la maxime jusqu'à l'indépendance absolue pendant ses onze années de gouvernement, et le Dauphiné a exercé ce privilége jusqu'au XVe siècle. Ne serait-ce pas là le motif qui déterminait le parlement? C'est une si belle chose que l'indépen-

dance, même avec un gouverneur absolu! Je me hâte d'ajouter que M. Laferrière n'est pas responsable de cette explication. Mais je reviens au savant écrivain pour entrer avec lui en Provence.

V. La *Provence* était réputée *pays de droit écrit;* l'on est disposé à croire d'après cette qualification, que le droit romain devait y régner en maître. Rien n'est plus éloigné de la vérité. Le droit provençal du moyen âge présente peut-être à un plus haut degré que celui des autres provinces, le caractère d'un droit mixte. Le droit romain et le *Livre des fiefs* forment son *droit commun*, mais les usages locaux, les chartes des villes et les ordonnances des comtes où se mêlent et se combinent les influences diverses du nord, du midi et de l'ouest, dérogent fréquemment au droit commun.

Les monuments particuliers du droit, émanés du XIIe au XVe siècle, sont nombreux et variés. Ces monuments doivent d'abord fixer notre attention [1]. Le paragraphe que M. Laferrière leur consacre est divisé en deux parties : l'un comprend les lois *municipales* d'Arles, l'autre les lois *provinciales* de la Provence.

La cité d'Arles a su, mieux que les autres villes de Provence, se préserver des influences féodales. Elle a conservé en grande partie sa constitution municipale, et elle a ainsi exercé une influence assez considérable sur le droit général de la province. Cette dernière circonstance a porté M. Laferrière à décrire avec quelques détails le *droit municipal* arlésien. C'est une légère dérogation au plan de son travail qui a en vue surtout le *droit provincial*.

Les monuments juridiques arlésiens décrits par M. Laferrière sont : *La charte du consulat d'Arles*, de 1142, et *les lois municipales de la fin du XIIe siècle.*

Arles avait des consuls depuis 1131, mais la charte qui organisa la municipalité dans son ensemble ne date que de 1142; elle fut donnée par l'archevêque Raymond. Cette charte ne fait pas mention de l'Empire ni des droits de l'empereur. Cependant, il résulte d'autres documents authentiques et notamment d'une charte de constitution féodale de 1162, que la suzeraineté im-

[1] Plusieurs ont été publiés pour la première fois par Ch. Giraud, dans le recueil de textes qui accompagne son *Essai sur l'Histoire du droit français au moyen âge*. Paris, 1846. 2 vol. in-8°.

périale a continué à s'y faire sentir, mais faiblement, longtemps encore après cette époque.

Les consuls d'Arles, au nombre de douze, dont quatre chevaliers, étaient élus par la cité dans une élection à deux degrés. Ils avaient le gouvernement de la cité avec pouvoir de juger en matière civile et criminelle et de faire exécuter leurs jugements. Une disposition remarquable, reproduite dans les statuts municipaux de 1162 porte : « Si la discorde civile venait, de quel-» que manière, à surgir, qu'aucun arbalestrier, qu'aucun archer » n'ose entrer armé dans la cité ou le bourg environnant, et » combattre les citoyens. » C'était un souvenir de Rome, aux beaux temps de la république.

Le second monument du droit arlésien, est le Code de la cité, en 193 articles, réunis, rédigés ou corrigés *de l'ordre des consuls*, vers la fin du XIIe siècle, sous le titre de *Statuta sive leges municipales Arelatis*. Ici ce n'est plus, comme dans la charte de 1142, l'archevêque; ce sont les consuls qui interviennent directement. Ce recueil contient principalement des dispositions de droit *municipal* et *civil*. Le droit féodal y occupe très-peu de place.; la ville d'Arles redoutait tellement l'influence de la féodalité qu'elle avait inséré dans ses statuts une sanction terrible contre toute tentative de transformer l'état de *cité* en état de *seigneurie* : « Nous statuons qu'aucun n'ose pro-» poser en public ou en particulier que la cité d'Arles soit » placée sous la puissance d'un maître ou sous une seigneurie » à titre perpétuel ou temporaire : si quelqu'un l'osait, que tous » ses biens soient détruits; et s'il peut être pris, qu'*il ait la tête* » *tranchée*. »

Comme loi municipale, le statut ajoute aux douze consuls cent vingt conseillers qui doivent être élus par moitié entre les chevaliers et les prud'hommes. Il règle l'organisation des jugements de la *curie*, le témoignage en justice, le notariat, l'établissement du registre communal pour la transcription des actes qui intéressent la cité; le droit de bourgeoisie acquis à ceux qui ont prêté serment entre les mains des consuls; les droits de péage; les poids et mesures dont la vérification doit être faite, quatre fois par an, par un officier du fisc municipal, etc..... On y trouve encore les dispositions suivantes, remarquables par leur prudence administrative : Les consuls d'Arles ou la cour ont le droit de réclamer des citoyens, pour

un délit ou un fait dommageable, une caution de bonne conduite et de comparution en justice.

Ni les consuls, ni les juges, ni les trésoriers d'Arles, ne peuvent reconnaître une dette ou délivrer un mandat sur le trésor de la ville, que de la volonté du conseil rassemblé au son de la cloche.

Si quelqu'un a retiré de la ville un profit injuste qu'il ne pourrait retenir sans péril pour son âme, il peut le restituer au *Pont du Rhône*, et il sera quitte et absous. C'est aussi à l'entretien des ponts du Rhône, que sont affectées les successions vacantes.

Dans l'ordre *du droit civil*, on remarque les dispositions suivantes :

Les tuteurs et curateurs doivent, à moins de dispense, mettre aux enchères la ferme des revenus ou du produit des biens du mineur. — Le juge peut accorder le délai d'un mois, pour l'acquittement des obligations pécuniaires, si le débiteur avoue la dette ; il ne peut en accorder aucun si l'engagement est nié. — Si le locataire est en retard pour le payement du loyer, le propriétaire peut de son autorité, *clouer les portes*, pour empêcher l'usage de la chose. — Les actes de prêt d'argent ne font plus foi, *après trois années* à compter de l'échéance, à moins de reconnaissance nouvelle par écrit ou par témoins. — Il doit être donné acte de toute chose excédant la somme ou valeur de *cent sols*. Mais ces cent sols du moyen âge, représenteraient aujourd'hui une somme de plus de 500 francs.

On trouve encore dans les statuts d'Arles, le principe d'indemnité par suite d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le terrain à exproprier devait être estimé par *probi homines*. Enfin, les mêmes statuts promulgués *dans une ville archiépiscopale*, portent : « Nous statuons qu'aucune maison religieuse ne » pourra, dans tout le tènement d'Arles, acquérir une terre par » achat, donation, legs ou de quelque autre manière ; et si » quelques possessions lui étaient données ou laissées, qu'elle » soit tenue de les vendre *dans les deux mois*. » La ville d'Arles ne voulait pas, comme on voit, de propriété de *mainmorte*.

Je passe aux monuments juridiques d'ordre vraiment provincial. Ce sont les statuts de Raymond Bérenger, de 1235 ; les constitutions de la Cour d'Aix, de 1243 ; les ordonnances de

Charles Ier d'Anjou, *De officialibus;* de Charles II et de Pierre de Ferrière, archevêque d'Arles ; les statuts du comte Robert, de 1309, et les statuts de Provence et de Forcalquier de 1366 à 1481.

Les statuts de Raymond Bérenger, de la maison de Barcelone, attestent encore la suzeraineté impériale. — Ils sont rédigés en 1235, par des arbitres, choisis pour terminer les différends élevés entre Raymond et les seigneurs de Draguignan et de Fréjus.

Dans ces statuts on affranchit les habitants du pays de quelques droits seigneuriaux exorbitants, tels que le droit de *pulvérage* à raison de la poussière soulevée par les troupeaux allant au pâturage, mais les seigneurs prennent leurs précautions contre l'extension des libertés locales : une disposition spéciale statue que le *droit de consulat ou quelque chose pouvant tenir lieu du consulat*, ne peut être accordé aux villageois ni à aucune communauté. « La liberté communale dans les campagnes aurait, dit M. Laferrière, amené, par la force des choses, leur affranchissement des droits seigneuriaux et des justices terriennes ; elle était plus redoutée par les seigneurs du moyen âge que la liberté des villes. »

Les statuts de la Cour d'Aix (*Constitutiones curiæ Aquensis*), règlent l'administration de la justice. On y remarque la disposition relative à la gratuité de la justice. — Le juge ne peut recevoir que ce qui lui est accordé par le comte, *à titre de salaire;* — et cette autre disposition qu'on est étonné de rencontrer à cette époque : « S'il arrive dans quelque partie du territoire de » la baillie d'Aix qu'un dommage soit causé à quelqu'un par » incendie, dévastation, destruction publique ou cachée d'ani» maux et de bestiaux, que tout lieu, village et communauté où » le dommage est commis, soit tenu d'en répondre et de resti» tuer, à proportion de ses facultés et sans distinction de per» sonnes, à celui qui a souffert le dommage, la valeur de toute » la perte éprouvée, d'après la juste estimation faite par des ex» perts. » C'est la responsabilité collective décrétée par la loi du 10 vendémiaire an IV.

Au milieu du XIIIe siècle, la Provence passe, par mariage, sous le pouvoir de Charles Ier d'Anjou, frère de Louis IX. Alors la féodalité est transplantée sur le sol de la Provence et une révolution s'opère insensiblement dans le droit du pays. Des pra-

ticiens de l'Anjou, pays classique de la féodalité, accompagnent le comte dans la prise de possession de ses nouveaux domaines, et ils s'attachent, sous l'inspiration de ses idées de suprématie seigneuriale, à priver les grandes villes et les barons de leur justice souveraine. Arles, Avignon et Marseille reçoivent des viguiers et juges du comte, en remplacement de leurs consuls et juges municipaux.

L'ordonnance générale *De officialibus* réunit dans les mains du sénéchal et dans celles des fonctionnaires inférieurs, l'administration de la justice, et enlève aux barons leur droit de dernier ressort. Les seigneurs conservaient leur cour de justice féodale, mais les assises ou le parlement du sénéchal exerçait la juridiction souveraine au nom du comte-roi.

Plusieurs statuts particuliers sont émanés de Charles II qui peut être considéré comme le législateur de la Provence. C'est à lui notamment que cette province est redevable de ce statut important qui ordonne à tout comptable de se présenter à Aix, avec son receveur, pour soumettre sa situation financière aux *auditeurs des comptes*. — Mais le document législatif le plus important, sous ce prince, consiste dans les statuts de Pierre de Ferrière, archevêque d'Arles, *sur la réformation et le bon état de la Provence*. — Il a encore pour objet principal l'administration de la justice. Il y est dit entre autres choses : que les viguiers, baillis, juges et autres officiers qui sortent de charge, doivent, *pour répondre de leur administration*, rester dans les lieux qu'ils ont administrés, pendant dix, vingt ou trente jours, selon que leur administration a duré un an, deux ans ou davantage. — On y trouve encore une disposition de droit civil, qui est tout à fait particulière à la Provence : Le débiteur qui n'avait pas payé à l'échéance devait non-seulement au créancier l'intérêt du retard dans l'acquittement de son obligation, mais encore une amende au fisc, à titre de peine appelée *lata* ou latte. Ces *latæ* formaient un revenu assez important pour être compris dans la ferme des impôts.—Les statuts de l'archevêque d'Arles furent confirmés, en 1302, par le comte Robert, fils aîné de Charles II; ils devinrent, dans les diverses parties de la Provence, la base de l'administration.

Les documents législatifs dont il vient d'être question, tous émanés dans le cours des XIIIe et XIVe siècles, avaient pour objet principal d'établir uniformément le gouvernement féodal

et d'assurer la bonne administration de la justice par les fonctionnaires royaux. Dans le droit privé, la révolution féodale s'accomplit *insensiblement*, comme conséquence inévitable de la révolution féodale dans l'ordre politique. Aussi n'est-ce que vers la fin du XIVe et dans le cours du XVe siècle, que furent rendus, sur le vœu des États de Provence, des statuts consacrés aux usages féodaux de droit privé. Ils ont été réunis dans un recueil connu sous le nom de *Statuts de Provence et de Forcalquier*, et contenant des édits depuis l'an 1366 jusqu'à l'an 1481, époque de la réunion du pays à la couronne. « Autour de cette collection d'usages, dit M. Laferrière, se sont groupés jusque dans les temps modernes, les décisions des Cours et du parlement de Provence; les commentaires de Bomy, de Mourgues, de Julien, et les édits postérieurs des rois de France. »

Voyons maintenant quel est le caractère général du droit féodal de la Provence :

La féodalité avait vaincu, en Provence, le principe romain de la libre propriété. Ce n'est pas que la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, y dominât; mais la jurisprudence avait admis, en faveur des seigneurs de fiefs, ce qu'on appelait *la directe universelle* qui produisait, en fait, des résultats à peu près analogues à ceux de la maxime du nord. Cette jurisprudence, qui s'établit au moyen âge où elle est attestée par les statuts de Provence, fut sanctionnée, au XVIIe siècle, par des arrêts du parlement. Il en résultait que lorsque, dans un territoire limité, les baux à fiefs ou les reconnaissances des vassaux embrassaient *la plus grande partie* du territoire où le seigneur avait la haute justice, on devait présumer que le seigneur avait le droit d'exiger le service et le dénombrement *de toutes les terres* de sa juridiction. Par suite de cette suprématie féodale, les terres vagues et incultes étaient également censées appartenir au seigneur qui avait la directe universelle; et réciproquement, si le seigneur se trouvait fondé par titre dans l'universalité des terres, bois et pâturages vagues ou incultes, c'était la preuve de sa directe universelle. — Ces règles, cependant, souffraient exception dans quelques localités; ainsi, à Aix, Arles et Marseille, où la franchise des propriétés était reconnue.

Les droits seigneuriaux proprement dits, sauf la main morte, étaient en pleine vigueur. La taille seigneuriale *aux quatre cas*

(sous le nom de *cas impériaux* [1]) était imposée, comme *réelle* en faveur du seigneur féodal; comme *personnelle* en faveur du seigneur justicier quand le fief et la justice étaient séparés. Aux *cas impériaux* se joignaient, dans quelques terres, des *cas accessoires* [2]; Les vassaux y étaient taillables aux cinq cas ou même aux huit cas. On y trouvait encore les corvées, la banalité des fours et moulins, les droits de champart, les dîmes ecclésiastiques et les dîmes inféodées, et une taille réelle en faveur du comte sous le nom d'*affouagements généraux*. Tel était l'ensemble des charges en argent, en nature ou en services personnels qui grevaient la propriété provençale.

Cependant, la jurisprudence offrait quant à ces charges une espèce de garantie aux propriétaires agricoles. Sauf la banalité des fours et moulins, aucun des droits ci-dessus ne pouvait être exigé *sans titre;* la possession même immémoriale était impuissante à fonder le droit au profit du seigneur. Mais, d'un autre côté, ce principe salutaire avait été retourné contre les propriétaires. Les droits, une fois établis par écrit, étaient imprescriptibles.

Le principe de la *patrimonialité des fiefs* n'a prévalu que tard. Jusqu'au XVe siècle ils n'étaient pas transmissibles par hérédité légitime ou testamentaire. Et après cette époque encore, le droit d'aliéner était limité dans ses effets.

Le retrait féodal au profit du seigneur fut admis comme corollaire du droit de vendre accordé au vassal. Ce droit existait en principe, il n'avait pas besoin d'être stipulé.

Le retrait lignager apparut plus tardivement encore; il fut introduit par un statut de 1472, qui accorde, en cas de concours de prétentions, la priorité au retrait féodal. M. Laferrière nous fait remarquer à cette occasion, que dans les pays de droit écrit, le retrait féodal avait la priorité sur le retrait lignager, tandis que dans les pays de droit coutumier c'était tout l'opposé. On se rend assez difficilement compte de cet état de choses; on s'attendait plutôt à ce que le contraire existât, puisque le retrait féodal qui représente la féodalité militaire dans toute son énergie, semblait devoir l'emporter dans les

[1] *Cas impériaux* : Réception du seigneur comme chevalier; voyage d'outre-mer; rançon du seigneur; dot de ses filles.

[2] *Cas accessoires* : Subsides pour acquisition de terres; mariage du seigneur; couches de sa femme; mandement du suzerain d'armer pour la guerre.

pays coutumiers où ce régime formait le droit commun. M. Laferrière explique cette contradiction apparente par l'histoire de la féodalité, et d'une manière tout à fait satisfaisante.

Quant aux deux institutions par lesquelles la féodalité se manifeste dans les successions : le droit d'aînesse et le droit de masculinité, le Droit provençal exclut le premier ; il conserve le principe romain de l'égalité des partages dans la succession *ab intestat*. Les possesseurs de fiefs qui veulent *faire des aînés*, n'ont que la ressource des testaments. Le droit de masculinité, au contraire, s'y introduit, sans obstacle ; sur ce point, le statut de 1472 généralisa, dans la Provence, un droit qui n'existait primitivement qu'à Arles, l'exclusion *des filles dotées*, de la succession de leurs père et mère ; seulement, il ne veut pas que le père de famille ait un pouvoir absolu pour la fixation de la dot ; il réserve, en tous cas, aux filles leur *légitime* qui doit être complétée si la dot ne la contenait pas en entier.

Institutions judiciaires. Les statuts dont il a été parlé ci-dessus, avaient réglé avec assez de soin l'administration de la justice comtale (royale). On y a vu que le premier comte de la maison d'Anjou avait enlevé aux grandes villes leurs consulats ou justices municipales souveraines, et que l'ordonnance *De officialibus* avait privé les barons de leur droit de dernier ressort. Cependant, les statuts de Pierre de Ferrière de 1304, confirmés par le comte, déclaraient que si des priviléges *de juridiction d'appel* étaient réclamés, le sénéchal de Provence prononcerait sur la réclamation sans débat ni forme de jugement *sine strepitu et figura judicii*. Et, en fait, ce privilége fut reconnu en faveur de quelques seigneurs. Ces priviléges étaient devenus à la longue une source d'inquiétudes pour les justiciables. Les seigneurs cherchaient par tous moyens à les empêcher d'appeler à la Cour souveraine du sénéchal, et il fallut un édit particulier, rendu en 1366, pour prévenir ces abus.

Le sénéchal, assisté par d'autres officiers *choisis parmi les hommes de bonne renommée*, exerçait la justice souveraine du comte et roi. — Il tenait, trois fois l'année, un *parlement*, dans les villes de Dignes, de Draguignan et d'Aix, et une fois par an à Forcalquier, pour le comté de ce nom.

Des conseillers, nommés par le comte, devaient donner au sénéchal avis et aide pour la répression des délits ou des excès de pouvoir des justiciers inférieurs.

Au-dessous du sénéchal et des conseillers, l'ordonnance reconnaît, pour les degrés inférieurs de juridiction, des juges, viguiers, baillis et sous-baillis, des officiers du fisc ou receveurs; et près de chaque Cour, des notaires sont chargés de tenir registre des causes, des parties instanciées et des jugements.

La Cour du sénéchal fut érigée en 1415, en *Conseil souverain;* en 1425, elle devint sédentaire dans la ville d'Aix; et enfin, en 1501, elle fut remplacée par le *parlement d'Aix.*

La justice seigneuriale était abusive au suprême degré, en Provence. En principe, la justice est inhérente au fief et à la *noblesse* de la terre. Le droit provençal présentait cette coutume remarquable que le fonds *noble* devenait *roturier* s'il était aliéné sans attribut de justice. Pour éviter cette déchéance du fonds vendu, on cédait avec le fief *une portion* de la justice, et la plus petite part suffisait pour conserver au fonds sa *noblesse.* De là naissaient des *coseigneurs* justiciers, entre lesquels la justice était partagée par année, par mois et même, en certains fiefs, par jours et heures. Chaque coseigneur avait ses justiciables affectés à sa justice selon leur habitation; il les suivait, malgré le changement de résidence, tant qu'ils demeuraient dans l'étendue du fief. Cependant, pour empêcher que les coseigneurs ne prissent connaissance des causes qui les concernaient respectivement, il était admis que leurs divers officiers ne seraient censés former qu'un seul et même tribunal dans le fief.

Comme ailleurs, les justices seigneuriales en Provence étaient hautes, moyennes ou basses. Ces trois qualités étaient tantôt réunies, tantôt séparées. Quand la concession féodale avait été faite *sans réserve,* elle comprenait la haute justice. On pouvait *réserver* soit la haute justice elle-même, soit quelques-unes de ses attributions.

Ici se termine le chapitre consacré à la région de l'est et du sud-est. M. Laferrière continue ensuite sa route par le midi, les Pyrénées, l'ouest et le nord, pour aboutir aux provinces du centre et à la coutume de Paris, dont l'histoire couronne dignement son œuvre. Je l'aurais suivi volontiers dans ce long pèlerinage scientifique, afin de pouvoir donner aux lecteurs une idée *complète* de la riche moisson qu'il a recueillie partout sur son passage; mais pour cela il aurait fallu dépasser outre me-

sure les bornes raisonnables d'un compte rendu. Ce que je n'ai pu faire pour le livre tout entier, j'ai essayé de le faire pour une de ses parties : une analyse dans laquelle aucun fait important n'est omis, afin qu'on puisse apprécier à la fois et l'étendue du travail de M. Laferrière, et le plan qu'il a adopté dans la disposition des matériaux.

Je veux ajouter cependant que la partie du livre que j'ai analysée n'est pas peut-être la plus intéressante; si je l'ai choisie, c'est uniquement parce qu'elle venait la première. Je pourrai probablement revenir plus tard sur les autres parties; mais dès aujourd'hui, je veux signaler à l'attention de ceux qui n'auraient pas encore lu le livre de M. Laferrière, le chapitre consacré à la région des Pyrénées, où l'intérêt s'accroît par l'originalité des matériaux comme par la variété et la nouveauté des renseignements. Je signalerai surtout les derniers chapitres, consacrés à la région du centre et à la coutume de Paris. Là se trouve l'histoire des plus célèbres monuments du droit français au moyen âge : les *Établissements de saint Louis*, le *Livre de justice et de plet*, les *Coutumes de Beauvoisis* de Phil. de Beaumanoir, et enfin l'histoire détaillée de la coutume de Paris et des monuments qui s'y rattachent : les *Olim* du Parlement, la *Somme rurale* de Boutillier et le *Grand Coutumier de Charles VI*.

M. Laferrière a accompli la plus longue partie de sa tâche, et aussi la plus difficile. Pour l'époque comprise dans les Ve et VIe volumes, il a dû travailler en quelque sorte sur un terrain encore vierge; sans doute il a eu à sa disposition des matériaux précieux, recueillis et publiés par ses devanciers, mais personne avant lui (du moins en France) n'avait embrassé l'époque du moyen âge dans son ensemble, et pour toutes les provinces de France. Ce n'est pas un médiocre mérite d'avoir le premier exploré et analysé tous les monuments connus et plusieurs documents inconnus du droit français de cette époque, et il n'était donné qu'à un esprit d'élite de ramener tant de matériaux divers à un ordre méthodique et à une exposition claire et raisonnée. G. NYPELS.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

ACTION POSSESSOIRE EXERCÉE CONTRE UN SYNDICAT.

QUESTION DE COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE. — POSSESSION NON CONTESTÉE.

Par M. Aubin, avocat à la Cour de cassation.

Un grand intérêt s'attache aux actions possessoires; elles rendent d'éminents services au droit de propriété; il n'a pas de voie plus simple, plus rapide et plus économique pour obtenir justice; par une conséquence naturelle, il n'en est pas qui lui soit plus familière. Toute décision de la jurisprudence qui tendrait à le priver mal à propos de cette précieuse ressource, mérite de ne point passer inaperçue.

L'action possessoire peut-elle être intentée contre le syndicat d'une association de desséchement de marais pour voies de fait sur une propriété particulière située dans le périmètre de l'association? Il sémble que cette question ne doive pas faire grande difficulté; en effet, ou il s'agit d'une occupation définitive du terrain sans accomplissement préalable des formalités de l'expropriation : dans ce cas, il n'est pas douteux que l'action possessoire ne soit recevable; on n'a pas même à examiner si les actes du syndicat ont été ou non commandés par l'administration (Conseil d'État, ordonnances des 29 juin 1842, Pruvost; 5 septembre 1842, Pannetier et Coutenot; 4 juillet 1845, Delaruelle-Duport; décret du 29 novembre 1855, syndicat du marais de la Haute-Seudre); ou il s'agit seulement de trouble et de dommage; tout se résout alors par une distinction : le syndicat n'a-t-il été que l'exécuteur des ordres de l'autorité administrative? Attaquer ses actes, ce serait attaquer l'administration elle-même; le débat échappe à la compétence des tribunaux civils. A-t-il, au contraire, agi sans ordres, ou en vertu d'ordres qui n'étaient point applicables au terrain par lui touché, ou bien encore en vertu d'ordres qui s'y appliquaient, mais dont il a outre-passé les limites? Ses actes retombent dans la classe des actes privés et la connaissance des

réclamations qu'ils suscitent, appartient exclusivement à l'autorité judiciaire. Ces distinctions si rationnelles et si simples, adoptées d'un commun accord par le Conseil d'État et par la Cour de cassation au sujet des entrepreneurs de travaux publics poursuivis pour voies de fait contre la propriété (Décrets des 18 juin 1848, Biscuit; 15 mai 1856, Galet; 22 janvier 1857, Gilbert. — Cour cass. 16 avril 1836, Guy; Sir., 36, 1, 687; id. 3 août 1837, Grévin; Sir., 38, 1, 927; 21 octobre 1841, Pécollet, Sir., 42, 1, 948; id. 1er octobre 1842, Picart, Sir., 42, 1, 413; id. 1er juillet 1843, Liétot, Sir., 43, 1, 670), sont évidemment applicables toutes les fois qu'on se trouve en présence d'individus ou d'administrations particulières chez qui la qualité d'agents de l'administration n'est qu'accidentelle ou empruntée; or, bien que les syndicats fonctionnent sous le contrôle de l'administration et qu'ils soient tenus dans certains cas de lui prêter leur coopération pour l'exécution de ses arrêtés, il ne viendra, nous l'espérons, à personne la pensée de soutenir que des corps composés de propriétaires chargés de représenter une association privée de propriétaires doivent prendre place au rang des corps administratifs et des autorités publiques. Enfin, y a-t-il contestation entre les parties sur le point de savoir si les actes de trouble imputés au syndicat sont ou non le résultat des ordres de l'autorité administrative? Le juge du possessoire ne peut statuer sur sa compétence avant que cette question préjudicielle ait été résolue soit par lui-même, soit par l'administration, si, comme il arrive le plus souvent, une interprétation d'actes administratifs est nécessaire, et dans ce dernier cas, il doit non se dessaisir, mais simplement surseoir à statuer; tel est encore le principe consacré relativement aux entrepreneurs de travaux publics par la jurisprudence constante du Conseil d'État et de la Cour de cassation (décrets des 30 novembre 1850, Micé; 18 novembre 1853, Guizard. — Cour de cass. Arrêt précité du 16 avril 1836, Guy. — Dufour, 2e édit., t. VII, p. 239, n° 307).

Dans un autre ordre d'idées, et au point de vue du pur droit civil, il tombe sous le sens que l'action possessoire n'a pas pour objet de procurer seulement au possesseur troublé, par des actes qui ne sont permis qu'à un propriétaire, une reconnaissance stérile de sa possession, mais surtout la cessation réelle du trouble et la réparation effective du préjudice souffert; l'on

ne voit pas pourquoi, dès lors, celui-ci serait renvoyé à poursuivre ce double résultat par la voie pétitoire lors même que, devant le juge de paix, sa possession, au lieu d'être déniée, vient à être reconnue par le défendeur.

Il nous aurait paru inutile d'insister sur ces règles élémentaires, et qu'on serait tenté de croire incontestables si elles ne se trouvaient plus ou moins ouvertement contredites par un arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes, en date du 29 août 1858 (Dall. 58. 1. 217). Cet arrêt a décidé dans une espèce que nous analyserons tout à l'heure : 1° d'une manière implicite, mais très-certaine, que les tribunaux civils n'ont rien à voir dans une action possessoire intentée par des propriétaires de marais contre le syndicat de l'association dont ils font partie, quand même ces propriétaires soutiennent que les faits de trouble dont ils ont à se plaindre, n'ont point eu lieu en exécution d'un ordre administratif; 2° que, dans tous les cas, cette action échappe à la compétence du juge du possessoire, dès que le syndicat, auteur du trouble, déclare devant lui ne pas contester la possession des demandeurs.

La première proposition, bien que dissimulée par les formes de la rédaction, ressort nécessairement de la comparaison de l'arrêt avec les conclusions des parties et les jugements de première instance et d'appel; la seconde est exprimée avec toute la netteté possible. Or, si nous ne nous trompons, l'une prend sa source dans une application mal entendue des principes établis pour protéger l'indépendance de l'autorité administrative au regard de l'autorité judiciaire; l'autre, condamnée par trois arrêts de la Cour de cassation elle-même, repose sur une appréciation erronée du but et des conditions de l'action possessoire; toutes deux ont pour résultat de paralyser le droit de propriété dans ses moyens de défense. C'est ce que nous allons essayer de démontrer après avoir exposé sommairement les faits qui ont donné lieu aux décisions confirmées par cet arrêt.

Il existe dans le département du Pas-de-Calais, sur une vaste étendue de territoire autrefois envahie par les eaux, des travaux de desséchement fort importants connus sous le nom de Wateringues. Le mode de surveillance et d'entretien de ces travaux, réglé d'abord par les usages, puis par un décret du 18 mai 1809, a été fixé en dernier lieu par une ordonnance royale du 27 janvier 1837. D'après cette ordonnance, le terri-

toire des wateringues est divisé en huit sections; à la tête de chaque section est placée une commission administrative composée de sept membres élus par l'assemblée des quarante propriétaires de la section les plus imposés à raison des marais qu'ils y possèdent. Les commissions soumettent à l'approbation du préfet les règlements particuliers qu'elles jugent nécessaires à la conservation des ouvrages dont elles ont l'administration et la surveillance; elles dressent les projets de travaux à exécuter chaque année, règlent provisoirement le budget des recettes et des dépenses, préparent les rôles des contributions à payer par les propriétaires, et donnent leur avis sur tout ce qui intéresse leur section. Du reste, elles n'ont le droit de prendre elles-mêmes aucune mesure; l'article 1er de l'ordonnance déclare expressément que leurs fonctions s'exercent sous l'autorité des sous-préfets et du préfet; toutes leurs délibérations doivent être soumises à l'approbation du préfet; « elles ne » sont exécutoires, dit l'article 9, qu'après cette approbation. » Les rôles de contribution dressés par leurs soins reçoivent également du préfet seul la force exécutoire. Ce sont là d'ailleurs des dispositions de droit commun pour tous les syndicats, quel que soit l'objet de l'association qu'ils représentent, endiguement ou curage de cours d'eau, irrigation des terres ou desséchement de marais.

Le sieur Hénotte-Dudon et la veuve Trouille sont propriétaires, à Bois-en-Ardres, de terres situées dans le périmètre de la cinquième section des wateringues : sur la limite de leurs propriétés respectives règne un fossé mitoyen dont ils avaient la possession exclusive depuis un temps immémorial et qui leur servait à la fois de canal d'égoût, de canal d'irrigation et d'abreuvoir pour les bestiaux. *Ce fossé ne communiquait ni directement ni indirectement avec aucun watergand ou canal dépendant des wateringues;* il déversait ses eaux dans le canal d'Ardres, qui appartient au domaine public.

Le 6 décembre 1855, la commission administrative de la cinquième section des wateringues, se fondant sur un règlement rendu le 21 mars 1854 par le préfet du Pas-de-Calais pour la police des cinq premières sections, et dont l'article 4 était ainsi conçu : « Les propriétaires ou occupeurs sont tenus » 1° de curer et approfondir convenablement *leurs fossés qui* » *communiquent avec les watergands, soit directement, soit par*

» *l'intermédiaire d'autres fossés qui y versent leurs eaux*, lorsque » ces travaux seront nécessaires au dessèchement et à l'arrose- » ment des fonds voisins. Les curements seront toujours faits » au printemps et à l'automne, après l'enlèvement de la mois- » son. Ils devront être commencés huit jours après la significa- » tion qui en est faite et continués jusqu'à leur achèvement, » sans quoi *il y sera pourvu d'office*, sous la direction du con- » ducteur des travaux, aux frais du retardataire, » prit une délibération pour ordonner au sieur Hénotte-Dudon et à la veuve Trouille, en la personne de leurs occupeurs, de curer et approfondir convenablement le fossé mitoyen formant la séparation de leurs propriétés ; la délibération fut signifiée le lendemain aux occupeurs avec injonction de s'y soumettre dans la huitaine. Cette sommation étant demeurée sans effet, la commission administrative donna ordre à ses ouvriers d'entrer sur la propriété du sieur Hénotte-Dudon et de la veuve Trouille pour y procéder au curage prescrit. Le lit du fossé fut élargi et creusé au delà de toute mesure ; un coin de terre appartenant au sieur Hénotte-Dudon fut même entièrement enlevé ; les arbres et les haies de la rive furent arrachés ; une ouverture fut pratiquée à l'une des extrémités du fossé pour le mettre en communication directe avec un watergand passant près de ce côté ; la pente d'écoulement, disposée auparavant de manière à porter les eaux dans le canal d'Ardres, reçut une direction diamétralement contraire, les eaux devant désormais se rendre dans le watergand.

A la suite de ces faits, le sieur Hénotte-Dudon et la veuve Trouille intentèrent contre la commission administrative et le conducteur de ses travaux, une action en complainte devant le juge de paix du canton d'Ardres. Ils soutinrent que l'article 4 du règlement du 21 mars 1854 n'était pas applicable à leur fossé qui, avant l'exécution des travaux, ne communiquait ni directement ni indirectement avec aucun watergand ; que, dans tous les cas, le droit de curer un fossé n'emportait pas celui de donner à ce fossé une largeur et une profondeur arbitraires, d'enlever les terres de la rive, et d'arracher les arbres et les haies plantés à une distance plus ou moins grande des bords ; que le règlement invoqué par la commission n'autorisait donc pas les actes commis par elle sur la propriété des demandeurs. « En conséquence, attendu que les actes de la commission

» n'étant commandés ni par la loi, ni par aucune autorité ad-
» ministrative, avaient *un caractère purement individuel et*
» *constituaient de simples voies de fait*, » ils concluaient à ce que la commission fût condamnée au rétablissement des lieux dans leur état primitif, et au payement d'une somme de 500 fr. à titre de dommages-intérêts.

La commission répondit qu'en fait le fossé, même avant les travaux, communiquait avec le watergand de la route de Calais à Bouchain; que le règlement de 1854 lui était par conséquent applicable; qu'ayant agi en exécution d'un acte administratif, elle ne pouvait être poursuivie par action possessoire, alors surtout qu'elle déclarait n'avoir aucune prétention à la possession ni à la propriété du fossé.

Par jugement du 10 avril 1856, le juge de paix « . . . (Nous
» supprimons de longs considérants tendant à établir la léga-
» lité en soi de l'arrêté préfectoral, laquelle n'était point en
» question) considérant que *ni la propriété ni la possession dudit*
» *fossé ne sont contestées*; qu'elles ne l'ont jamais été; que cela
» résulte implicitement de la notification de l'ordre de curer,
» qui n'a été faite qu'aux occupeurs riverains, et explicitement
» de la déclaration formelle qui en est faite par les défendeurs
» dans leurs conclusions; que les travaux dont on demande la
» destruction ont été exécutés dans un intérêt de police des
» eaux et de desséchement des terrains compris dans le périmètre
» de la cinquième section des wateringues en vertu d'un rè-
» glement de police pris dans les limites des attributions pré-
» fectorales, ce qui donne à ces travaux le caractère de travaux
» publics; qu'il n'appartient pas aux tribunaux ordinaires d'or-
» donner la suppression ou modification de travaux de ce
» genre..... qu'il n'appartient pas aux tribunaux de statuer sur
» les indemnités qui pourraient être dues pour dommages occa-
» sionnés à une propriété privée par suite de travaux publics;
» *considérant, enfin, que pour rechercher si l'arrêté précité*
» *s'applique ou non au fossé dont s'agit, il faut nécessairement*
» *recourir à l'interprétation de cet arrêté, c'est-à-dire d'un acte*
» *administratif indiqué par les défendeurs; qu'une pareille inter-*
» *prétation n'appartient pas aux tribunaux*, » se déclare incompétent. Sur l'appel interjeté par les propriétaires, le tribunal de Saint-Omer rend, le 26 juin 1857, un jugement par lequel : « Considérant que lorsqu'un arrêté, même général, rendu d'ur-

» gence pour l'assainissement et le desséchement d'un terri-
» toire, a été exécuté sur l'ordre de l'autorité compétente, on
» ne peut légalement, *s'il n'y a contestation sur la propriété ou*
» *la possession de l'immeuble objet de l'exécution*, se pourvoir
» contre le nouvel œuvre en complainte, ou par toute autre voie
» devant la juridiction civile; qu'à l'autorité administrative
» seule appartient le droit de connaître du recours; — *que*
» *d'ailleurs la difficulté soulevée par les appelants entraînant*
» *avec elle la nécessité d'interpréter les termes de l'arrêté précité,*
» *la contestation à cet autre point de vue échappait également à*
» *la juridiction civile;* que le premier juge s'est donc justement
» déclaré incompétent, adoptant au surplus les motifs de la
» sentence dont est appel, » il confirme la décision du juge de paix.

Pourvoi du sieur Hénotte-Dudon et de la veuve Trouille. Ils soutiennent que leur action possessoire portant sur des actes qu'ils alléguaient avoir été accomplis par le syndicat des wateringues sans autorisation administrative, était par cela même recevable; que la question de savoir si l'arrêté réglementaire, invoqué par le syndicat comme la source de ses pouvoirs, lui donnait le droit de faire ce qu'il avait fait, constituait une question préjudicielle à la question de compétence, et que, conformément à la jurisprudence ci-dessus rappelée, le juge de paix, au lieu de se dessaisir immédiatement, aurait dû soit résoudre lui-même cette question préjudicielle, qui dans l'espèce dépendait, en partie au moins, d'une simple vérification de fait, soit en renvoyer la connaissance à l'autorité administrative, en se bornant à prononcer un sursis.

Arrêt de la chambre des requêtes, lequel rejette le pourvoi en ces termes :

« Attendu que la commission administrative de la cin-
» quième section des wateringues du Pas-de-Calais, agissant
» sous l'autorité du préfet de ce département, a fait procéder
» au curage du fossé des demandeurs et à la coupe des arbres
» qui gênaient l'écoulement des eaux [1], par suite du refus fait
» par eux de faire opérer ces travaux, aux termes d'un arrêté

[1] Les jugements n'ont rien constaté de pareil; ils ont, au contraire, refusé de se prononcer sur la question de savoir si la commission avait eu le droit d'élargir le fossé jusqu'à la limite de ces arbres.

» du préfet dont la légalité n'a pas été contestée, pris à la date
» du 21 mars 1854;

» Attendu que se prétendant troublés dans leur possession,
» les demandeurs ont fait citer les membres de la commission
» administrative en leur dite qualité, devant le juge de paix,
» pour s'ouïr condamner à rétablir les lieux dans l'état primitif
» et en 500 francs de dommages-intérêts; que sur cette citation
» la commission administrative a conclu à l'incompétence du
» juge de paix, ne contestant en aucune façon *la possession ni la*
» *propriété des complaignants;*

» Attendu que dans cet état des faits on ne saurait trouver
» place à la compétence du juge du possessoire; qu'en effet il
» n'avait ni à rechercher, ni à déclarer une possession *formel-*
» *lement reconnue;*

» Il ne pouvait ordonner la destruction des travaux opérés
» dans un intérêt public et par ordre de l'administration sans
» excès de pouvoir;

» Enfin, en supposant même que la commission de la cin-
» quième section de wateringues eût agi sans ordre de l'ad-
» ministration, et que l'autorité judiciaire fût compétente pour
» statuer sur les dommages qui auraient pu être causés,
» c'est au pétitoire, la possession étant reconnue, que ces dom-
» mages auraient dû être réclamés; — que c'est dès lors à bon
» droit que le tribunal, dont le jugement est déféré à la censure
» de la cour, s'est déclaré incompétent;

» La Cour rejette..... »

Les motifs de la première partie de cet arrêt ne contiennent, à les prendre en eux-mêmes, que la doctrine la plus irréprochable. Sans doute, s'il eût été acquis au débat que la commission syndicale n'avait fait qu'exécuter, par les actes qui lui étaient reprochés, les prescriptions du règlement préfectoral du 21 mars 1854, le juge de paix aurait eu raison de se déclarer incompétent; des actes ou des travaux qui sont reconnus avoir été exécutés par l'administration ou par son ordre, ne peuvent servir de base à une action possessoire, hors le cas où il en résulte une expropriation au moins partielle; la jurisprudence à cet égard n'est pas moins constante que bien fondée (Cass. 16 décembre 1836, Vauchel, Sir., 37, 1, 65; — id. 5 décembre 1842, Jattiot, Sir., 43, 1, 25; id. 29 mai 1845, Commune de Sainte-Eulalie, Sir., 46, 1, 41; — id. 9 jan-

vier 1856, Bouczo, Sir., 56, 1, 317; — id. 9 avril 1856, Marais, Dalloz, 56, 1, 242), et l'on n'aurait qu'à s'étonner de l'ignorance ou de la témérité des adversaires de la commission administrative, s'ils eussent fondé quelque espérance sur un procès engagé dans de pareilles conditions. Mais la question, dans l'espèce, était précisément de savoir si la commission avait ou non agi en vertu et dans les limites des dispositions du règlement de 1854. Le fossé des demandeurs communiquait-il avant les travaux avec un Watergand quelconque et l'article 4 de l'arrêté préfectoral lui était-il applicable? Subsidiairement, en supposant l'article applicable, la commission avait-elle dépassé, dans l'exécution des travaux de curage, les prescriptions de ce même article? Autant de points contestés entre les parties devant les juges du fond. Or, ceux-ci, « considérant que pour rechercher si l'arrêté précité » s'appliquait ou non au fossé, il fallait nécessairement recourir » à l'interprétation de cet arrêté, c'est-à-dire d'un acte ad- » ministratif, » loin de résoudre ces difficultés, en avaient pris prétexte pour se déclarer incompétents sur le tout. La Cour de cassation, *dans l'état des faits*, ne pouvait donc, sans commettre une pétition de principe ou sans prendre sur elle, contrairement à son droit, d'entrer dans l'examen du fond, admettre comme décidée affirmativement une question sur laquelle les juges du fait avaient expressément refusé de se prononcer. *Dans l'état des faits*, la Cour de cassation n'avait donc pas à décider, comme le donnerait à penser la seule lecture de l'arrêt, si l'action possessoire est ouverte contre un syndicat pour des actes exécutés par celui-ci en vertu des ordres de l'administration et dans les limites d'un règlement administratif, mais bien si, conformément à la doctrine du jugement soumis à sa censure, lorsque le demandeur prétend que les ordres administratifs allégués ne le concernaient pas ou qu'ils ont été outre-passés, le juge du possessoire peut se déclarer incompétent et se dessaisir de la cause, avant que ce débat préjudiciel ait été vidé. *Dans l'état des faits*, en rejetant le pourvoi dirigé contre un jugement qui avait décidé affirmativement cette question, la Cour de cassation a par conséquent adopté, au moins implicitement, la même solution, c'est-à-dire la même erreur, et son arrêt signifie, soit que l'action possessoire n'est jamais ouverte contre un syndicat même à raison d'actes accomplis en

dehors de sa qualité d'agent de l'administration, soit qu'il suffit au syndicat, pour repousser une action de cette nature, d'alléguer, sans le prouver, qu'il n'a fait qu'exécuter des ordres administratifs : deux propositions qui auraient pour effet d'élever une administration purement privée à la hauteur d'une autorité administrative proprement dite. Singulière jurisprudence! Les propriétaires de marais organisés en association et gouvernés par un syndicat ont plus besoin que personne de l'action possessoire; ils n'ont pas seulement à repousser les attaques ordinaires auxquelles tous les propriétaires sont exposés, ils ont encore à se garantir contre les tendances nécessairement envahissantes d'un corps qui est porté par la nature même de son rôle à faire prévaloir les intérêts généraux de l'association sur les intérêts individuels de chacun de ses membres, et qui ne manque pas de se dire, dans toutes ses entreprises, l'exécuteur des ordres de l'administration; l'action possessoire est même, en pareil cas, la seule arme dont ils disposent; le recours au Conseil d'État pour excès de pouvoirs ne peut être exercé contre des actes auxquels l'administration n'a pris aucune part; il n'est pas admis, notamment, contre les actes émanés d'un syndicat agissant de sa propre autorité (V. décret du Conseil d'État, 22 janvier 1857, Gilbert, Lebon, 1857, p. 58); le recours au conseil de préfecture à raison de dommages causés par des travaux publics tend uniquement à une allocation d'indemnité; il n'est point établi pour le cas où le propriétaire sur le terrain duquel des travaux ont été exécutés, soutient que ces travaux ne sont pas des travaux publics et réclame leur suppression absolue. Dans cette situation, renvoyer les propriétaires de marais devant l'autorité administrative, c'est donc leur fermer l'accès de tout tribunal, civil ou administratif, et les livrer sans défense à l'omnipotence arbitraire des syndicats. Et cela, sans aucune utilité pour l'indépendance du pouvoir administratif, suffisamment sauvegardée par la réserve des questions préjudicielles.

L'arrêt, dans sa seconde partie, consent à supposer que la commission administrative eût agi sans être autorisée par l'administration; il admet, également par forme d'hypothèse et comme à regret, que dans ce cas l'autorité judiciaire fût compétente pour statuer sur les dommages causés : « *C'est au pétitoire*, dit-il, *la possession étant reconnue, que ces dommages auraient dû être demandés.* »

Il ne s'agit plus ici d'une restriction applicable à une certaine catégorie de propriétaires placés dans une condition exceptionnelle, mais d'un principe général tendant à limiter au préjudice de toute personne l'exercice de l'action possessoire. La question prend donc encore plus d'intérêt.

Remarquons d'abord que la supposition de l'arrêt n'est pas complète; les complaignants n'avaient pas conclu seulement à des dommages-intérêts, mais encore à la destruction des travaux et au rétablissement des lieux dans leur premier état. Lorsque, plus haut, l'arrêt avait déclaré que « le juge du pos» sessoire ne pouvait ordonner la destruction des travaux opé» rés dans un intérêt public et par un ordre de l'administration » sans excès de pouvoir, » il considérait comme constant (fort à tort, nous l'avons vu) que la commission avait agi en vertu d'un règlement administratif; mais dès qu'il se plaçait dans l'hypothèse contraire, il devait admettre le droit pour le juge d'ordonner la destruction de travaux exécutés par la commission, sans ordre de l'administration et de sa propre autorité.

En second lieu, dire que dans l'espèce la possession des demandeurs avait été formellement reconnue par leur adversaire, c'est s'attacher à une équivoque. En proclamant qu'elle ne contestait ni la possession ni la propriété du fossé, que voulait dire la commission? Qu'elle ne prétendait apporter aucune entrave à la jouissance des demandeurs? Qu'elle ne s'arrogeait pour le présent ni pour l'avenir aucun droit sur le fossé ni sur ses eaux? Que si elle avait cette fois fait procéder au curage, c'était un fait purement accidentel, qui ne devait plus se renouveler? Loin de là, elle déniait énergiquement aux propriétaires du fossé le droit de le tenir fermé du côté du watergand avec lequel il était maintenant en communication, ce qui revenait à leur contester la possession exclusive de leurs eaux; elle soutenait non moins énergiquement que ce fossé était soumis à une charge permanente de curage et annonçait par là son intention de recommencer les mêmes travaux chaque année. Que signifiait donc sa déclaration relative à la possession et à la propriété des demandeurs? Rien autre chose, si ce n'est que sa prétention étant seulement de curer le fossé et non de s'en emparer, l'action possessoire intentée contre elle par les propriétaires troublés, mais non dépossédés, était non recevable, puisque d'une part le trouble avait sa cause dans l'exécution

d'un règlement administratif et que, de l'autre, ce trouble n'avait pas été poussé jusqu'à l'expropriation. Les juges du fond n'ont pas imaginé d'attribuer à cette déclaration un autre sens.

Dans l'hypothèse où s'était placée la commission, et après elle, le juge de paix et le tribunal, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une exécution d'acte administratif, ce raisonnement était excellent; il perd toute sa valeur lorsqu'on suppose, au contraire, un défaut d'autorisation. Plus de distinction alors entre un simple trouble et une dépossession intégrale ; l'un et l'autre peuvent être également l'objet d'une action possessoire dès que l'administration est hors de cause et qu'il s'agit uniquement de faits imputés à une personne privée ; peu importe, par conséquent, que l'auteur du trouble déclare borner sa prétention à l'exercice de certains actes déterminés, et n'avoir du reste, à part cette réserve, aucune vue ni sur la possession ni sur la propriété; s'il était vrai que la reconnaissance par le défendeur de la possession du demandeur pût arrêter l'action de celui-ci, ce serait au moins à la condition que cette reconnaissance fût absolue et sans restriction.

En troisième lieu les juges du fond n'avaient décliné leur compétence qu'au regard de l'autorité administrative; ils n'avaient pas examiné la question de savoir si le débat, en lui supposant un caractère judiciaire, devait être vidé au possessoire ou au pétitoire; ils n'avaient donc pas apprécié les faits à ce point de vue, et rien ne dit qu'ils n'eussent pas interprété la déclaration du syndicat sur la possession des demandeurs autrement que la Cour de cassation. Dans tous les cas, les complaignants auraient pu exiger qu'il leur fût donné acte des aveux de la commission et réclamer comme conséquence la condamnation de celle-ci aux dépens, tandis que dans l'état des choses les dépens ont été mis et devaient être mis à leur propre charge.

En quatrième lieu, aux termes de l'article 5, § 1er, de la loi du 25 mai 1838, les juges de paix connaissent, sans appel, jusqu'à la valeur de 100 francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever, des actions pour dommages faits aux champs *et de celles relatives au curage, soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés, lorsque les droits de propriété ou de servitude ne sont point contestés.* Donc lors même que par suite des déclarations du défen-

deur, le seul droit restant aux demandeurs eût été de réclamer des dommages-intérêts pour la voie pétitoire, c'est encore le juge de paix qui, comme juge du pétitoire, aurait dû connaître de leur action.

Mais voyons ce qu'il faut penser en théorie de ce principe sur lequel l'arrêt s'appuie comme sur un axiome, à savoir qu'une action possessoire bien intentée à son origine, échappe à la compétence du juge de paix par cela seul que le défendeur déclare formellement reconnaître la possession du demandeur.

On est d'abord frappé des effets bizarres qui sortent d'un pareil système : un individu est troublé dans sa possession par des actes d'un caractère évidemment agressif; il cite l'auteur du trouble par action possessoire devant le juge de paix : jusque-là tout est bien, et personne ne saurait dire qu'il ait mal procédé; néanmoins qu'il prenne garde : un danger l'attend dont il ne se douterait guère; si son adversaire résiste et lui dénie sa possession, tout est sauvé; mais malheur à lui si sa possession est trop clairement établie pour que le défendeur essaye de la lui contester! A l'instant même le juge de paix devient incompétent et doit se dessaisir de la cause. La possession du demandeur prouvée par une enquête aurait amené la condamnation du défendeur; sa possession prouvée par un aveu, la plus forte des preuves, n'aboutit qu'à une déclaration d'incompétence. Le résultat est d'autant plus choquant que le demandeur n'a aucun moyen de s'y soustraire. Il ne peut connaître d'avance la réponse qui lui sera faite à l'audience, et quand même cette réponse lui serait annoncée, elle est sans valeur, tant qu'elle ne s'est pas produite en justice; le même individu qui, attaqué au possessoire, déclare reconnaître la possession de son adversaire, aurait peut-être, s'il eût été immédiatement actionné par la voie pétitoire, déclaré le contraire et obligé la victime du trouble à faire preuve, non plus de sa possession, mais de sa propriété.

Le seul objet de l'action possessoire est-il donc de faire reconnaître par le défendeur ou déclarer par le juge la possession du demandeur? Dans quelques circonstances toutes spéciales, c'est en effet son but unique; ainsi, le propriétaire riverain d'un chemin vicinal dépossédé par un arrêté qui déclare son terrain compris dans les limites du chemin, peut agir au possessoire contre la commune à qui le chemin appartient, mais

uniquement à l'effet de faire constater qu'il était possesseur légitime de ce terrain antérieurement à l'arrêté; mais une fois sa possession reconnue, il n'a plus rien à demander (Civ. rej., 13 janvier 1847, commune de Happoncourt, Sir., 47, 1, 248). A part ces exceptions qui s'expliquent d'elles-mêmes, l'action possessoire est pour le possesseur évincé ou troublé un moyen non-seulement de faire constater sa possession, mais aussi et surtout d'obtenir la cessation effective de l'éviction ou du trouble et la réparation du tort qu'il en a ressenti. Évincé, il faut qu'il soit réintégré, c'est-à-dire remis réellement en possession; troublé, il faut qu'il soit maintenu, non en paroles, mais de fait, dans sa possession paisible, c'est-à-dire que les traces du trouble soient effacées, que les lieux soient rétablis dans leur premier état; que défense soit faite à l'agresseur de ne plus le troubler à l'avenir. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, s'il y a eu un préjudice, des dommages-intérêts sont dus (Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. II, p. 384). Personne ne disconvient que le demandeur au possessoire ne puisse prendre des conclusions tendantes à toutes ces fins et qu'en principe le juge de paix ne soit compétent pour y statuer. Comment sa compétence, certaine lorsque la possession est contestée, s'évanouirait-elle lorsque la possession est reconnue? L'action possessoire a-t-elle donc alors produit tout son effet? Le possesseur se trouve-t-il, par la seule vertu de cette reconnaissance, réintégré ou maintenu dans sa possession? Est-il indemnisé du tort qu'il a souffert? Et si le défendeur, tout en confessant le droit de son adversaire, conserve la détention de fait ou qu'il se refuse à rétablir les lieux dans l'état où ils étaient avant le trouble et à fournir aucun dédommagement, le possesseur sera-t-il contraint de s'adresser au juge du pétitoire?

Que la possession du demandeur soit contestée ou qu'elle soit reconnue devant le juge, l'action n'en conserve pas moins son caractère possessoire, puisque dans ce dernier cas aussi bien que dans le premier, la question de propriété demeure réservée, et que la possession servira seule de base aux condamnations à intervenir. Lors donc que la possession est reconnue, tout ce qui en résulte, c'est que de ce chef le demandeur n'a plus rien à prouver, et que si les faits de trouble sont d'ailleurs constants, le juge de paix ne peut se dispenser de

faire droit à ses conclusions. « Lorsque la partie assignée sur » la demande en complainte, dit Pothier (*Traité de la possession*, n° 104), « *ne forme point d'opposition à la complainte*, » le demandeur obtient une sentence qui le maintient en possession. — Au contraire, lorsqu'elle forme opposition à la » complainte, le juge rend un appointement qui permet aux » parties respectives de faire preuve de leur possession. » — » *Si la possession ou le trouble sont déniés*, dit à son tour le » Code de procédure civile, article 24, l'enquête qui sera ordonnée ne pourra porter sur le fond du droit. » Ainsi, dans la pensée du Code comme dans celle de Pothier, si la possession n'est pas déniée, l'action ne sort pas pour cela de la compétence du juge du possessoire ; il s'ensuit seulement que celui-ci n'a pas à ordonner d'enquête sur un point non contesté.

Le système que nous combattons repose au fond sur une confusion d'idées ; il est incontestable, en principe, que la condition essentielle de l'action possessoire est qu'il y ait une possession contredite. L'erreur consiste à croire que la contradiction résulte exclusivement, non de l'entreprise même reprochée au défendeur, mais de son langage à l'audience. Ici nous citons encore Pothier (*opere citato*, n° 102) : « On appelle trouble » de fait les différents faits par lesquels quelqu'un entreprend » quelque chose sur un héritage dont je suis en possession, soit » en labourant, soit en coupant les fruits qui y sont pendants, » soit en y abattant quelque arbre ou en arrachant quelque haie, » ou en comblant un fossé ou en y en ouvrant un » (voilà, pour le dire en passant, des faits qui ressemblent, à s'y méprendre, à ceux commis dans notre espèce par le syndicat des wateringues) ; « *je puis prendre pour trouble à ma possession les entreprises faites sur mon héritage résultantes de ces différents faits, et en conséquence intenter la complainte contre celui qui les a faites.* »

Le Code de procédure, article 23, et la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, article 6, n'exigent également d'autre condition pour l'exercice de l'action possessoire qu'un trouble résultant d'entreprises commises dans l'année contre une possession paisible. Par conséquent, toutes les fois qu'un individu commet sur mon héritage des actes de possesseur ou de maître, j'ai par cela seul un droit acquis d'agir au possessoire, sans que j'aie besoin de m'inquiéter si plus tard, devant

le juge, ma possession sera contredite ou reconnue par mon adversaire. Qu'importe, en effet, cette circonstance ultérieure? Vous déclarez à l'audience que vous ne contestez ni ma possession ni ma propriété. Fort bien; je n'ai plus à craindre que vous prescriviez contre moi; mais votre déclaration détruit-elle les faits accomplis? Un individu s'est emparé d'un immeuble; il en est encore détenteur au moment de l'instance possessoire; pourra-t-il dire au demandeur : « Je n'élève aucune » prétention à la possession ni à la propriété de votre immeu- » ble; votre action possessoire est sans objet. » Non, car toutes ses protestations ne sauraient faire que ses actes ne soient une entreprise contre la possession du demandeur. En serait-il autrement lorsqu'au lieu d'éviction il s'agit d'un simple trouble? Si les faits que le demandeur a pris pour base de son action sont des faits réellement agressifs, la déclaration actuelle du défendeur peut-elle leur enlever rétroactivement ce caractère? Est-on tenu de le croire sur parole? Excepté lui, qui peut connaître quelle a été vraiment son intention, et n'est-ce pas seulement d'après ses actes qu'il est permis d'en juger?

Ainsi, de ce que la possession du demandeur est reconnue à l'audience par le défendeur, il ne s'ensuit pas nécessairement que cette possession n'ait jamais été contredite et que par conséquent l'action possessoire demeure sans cause ou sans objet. C'est aux faits et à leur caractère qu'il faut se reporter pour savoir si cette action a été bien ou mal à propos intentée. Si les faits qui ont motivé l'action sont en eux-mêmes des faits de trouble, question dont la décision est abandonnée à la sagesse du juge, ce dernier est compétent, quand même la possession ne serait pas contestée devant lui, pour statuer sur le reste des conclusions du demandeur, soit qu'elles tendent à la fois au rétablissement des lieux dans leur premier état et à dommages-intérêts, soit qu'elles tendent à des dommages-intérêts seulement. Telle est la doctrine enseignée par Carou, *Actions possessoires*, n° 606; Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. II, p. 385; Garnier, *Traité de la possession*, p. 159 et 447.

Trois arrêts de la Cour de cassation se sont prononcés dans le même sens (Req., 16 avril 1834, Despujols, Dall., 33, 1, 173; — Civ. rej., 21 avril 1834, Blasque, Dall., 34, 1, 214; — Req., 15 juillet 1834, Amanieu, Dall., 35, 1, 431. — V. Dall., v° *Action possessoire*, n°s 57 et 548).

Le premier de ces arrêts décide qu'un propriétaire dont la clôture a été détruite par accident, peut agir au possessoire pour obtenir le rétablissement de sa clôture avec dommages-intérêts, *quand même le défendeur n'élèverait aucune contestation sur la possession ni la propriété* et soutiendrait que par ce motif la demande formée contre lui constitue, non une action possessoire, mais une action personnelle en réparation de dommages sortant de la compétence du juge de paix; le second, qu'il y a trouble à la possession dans le simple fait d'avoir passé avec voiture dans la cour d'autrui, *bien que la propriété et la possession du demandeur ne soient point contestés.* Le troisième s'exprime ainsi : « Sur le deuxième moyen (cumul du pétitoire et du possessoire), attendu que le juge de » paix n'avait confondu le possessoire avec le pétitoire, ni pro- » noncé sur un droit de propriété quelconque, en se bornant » à réprimer une voie de fait nuisible à la possession du dé- » fendeur éventuel qui s'en plaignait, et commise dans l'année » par le demandeur qui ne désavouait pas en être l'auteur et » *reconnaissait la possession du plaignant;*... rejette. » Ce qui signifie très-clairement que les faits n'en conservent pas moins leur caractère de faits de trouble, et l'action, son caractère d'action possessoire, même après que le défendeur a reconnu la possession de son adversaire. Cette jurisprudence, déjà fort imposante, se complète par un quatrième arrêt (Civ. cass., 22 mars 1837, Delaplace-Girardin, Sir., 37. 1. 406) rendu dans une espèce où le juge du possessoire n'avait à prononcer ni sur la possession, qui n'était pas contestée par le défendeur, ainsi que cela résulte de l'exposé des faits, ni sur le sort des travaux qui, ayant été commandés par l'autorité administrative, ne pouvaient être détruits par ordre de l'autorité judiciaire, mais *uniquement sur les dommages-intérêts réclamés par le demandeur.*

Est-ce de propos délibéré et dans la pensée formelle de revenir sur cette jurisprudence, que la Cour de cassation a émis, dans son arrêt du 29 mars 1858, une opinion diamétralement opposée? Nous aimons mieux croire que, pleine de confiance dans la première partie de ses motifs, elle n'a pas accordé à la seconde une attention aussi scrupuleuse que si elle en avait fait la seule base de son arrêt. Quant à nous, nous ne comprendrons jamais que, loin de tourner à l'avantage du demandeur, la reconnaissance de son droit par l'auteur même du trouble

ait pour résultat de le contraindre à transporter sa réclamation devant une juridiction où la procédure est plus coûteuse, la marche des affaires plus lente, la preuve plus difficile.

E. AUBIN.

DE LA MANSUÉTUDE DANS LES LOIS ET DANS LES JUGEMENTS,

EN MATIÈRE PÉNALE.

Par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris.

> Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma la infallibilità di esse.....
> (Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. 20.)
>
> Ce qui importe, dans la répression des faits délictueux, c'est moins l'élévation de la peine que la certitude du châtiment.
>
> « Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité, et non pas de la modération des peines. »
> (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI, ch. 12.)

Dans le discours qu'il a prononcé, cette année, à la rentrée de la Cour impériale de Paris, M. le premier avocat général de Gaujal a proposé d'introduire deux réformes dans notre législation criminelle. Par la première, l'article 463 du Code pénal serait abrogé en ce qui concerne les récidivistes, et le juge serait dans la nécessité d'appliquer aux condamnés de cette catégorie la loi pénale dans toute sa rigueur, c'est-à-dire dans son maximum. — Il serait obligé, par la seconde, lorsqu'il voudrait accorder au condamné (non récidiviste) le bénéfice des circonstances atténuantes, de les indiquer dans le jugement de condamnation.

Voici les paroles de l'honorable magistrat :

« Il semble excessif, dit-il, de laisser aux tribunaux de tous les degrés la faculté d'accorder aux récidivistes le bénéfice des circonstances atténuantes. Par elle-même, la récidive est une cause d'indignité exceptionnelle ; et, en présence de l'abus que les tribunaux font, chaque jour, de l'article 463 du Code pénal, en faveur des récidivistes, on peut dire que les articles

56, 57 et 58 ont perdu toute leur autorité.... — La loi devrait, en outre, soumettre les tribunaux à l'obligation d'énoncer, dans les jugements, les circonstances qui leur paraissent atténuantes. On atténue, sans motif, parce qu'on n'est pas obligé de préciser les circonstances atténuantes; on cède d'autant plus facilement à l'entraînement général [1]..... »

C'est un retour au Code pénal de 1810, à la législation qui a précédé la réforme de 1832, que demande l'organe du ministère public. Et il ne ménage pas, en effet, la critique au législateur de cette dernière époque.

« L'école politique qui dominait en France, lorsqu'éclata la révolution de juillet 1830, avait donné, dit encore M. l'avocat général, sur l'appréciation de nos lois répressives, une fausse direction aux esprits. Les controverses qui jaillirent de cette situation générale amenèrent bien quelques réformes utiles, telles que la suppression de la marque et celle de la mutilation du poing pour les parricides. Mais, en 1832, elles introduisirent, dans la législation, un élément qui est devenu dissolvant par les excès de la pratique.... Ainsi, l'on voit le législateur de 1832, non pas lutter contre les préjugés et les mœurs du temps, pour détruire les uns, redresser les autres et faire prévaloir la saine raison; mais, au contraire, *étudier*, *rechercher*, *s'approprier les idées fausses*, les introduire dans la loi, les consacrer, et doubler ainsi, en leur donnant l'autorité légale résultant de cette consécration, la force d'impulsion des mauvaises tendances [2]. »

J'ouvre le *Moniteur* de l'époque, et je regarde quels sont les hommes qui faisaient alors partie de nos assemblées législatives, et qui y avaient le plus d'autorité. A la chambre des pairs, pour ne citer que les représentants des opinions modérées, je trouve les noms de MM. Pasquier, de Broglie, Lainé, Molé, de Noailles, Mounier, Portalis, Séguier; — à la chambre des députés, ceux de MM. Dupin aîné, Bérenger, Duchâtel, Guizot, Thiers, Passy, Royer-Collard, de Vatimesnil; — et il m'est difficile d'admettre que des esprits aussi indépendants, des hommes aussi écoutés que l'étaient MM. de Broglie, Lainé, Guizot, Thiers, Royer-Collard, Dupin aîné, n'aient pas essayé

[1] Discours, p. 26.
[2] Discours, p. 12.

au moins de lutter contre les *préjugés et les mœurs du temps;* qu'ils n'aient pas protesté contre les *idées fausses*, et combattu de *mauvaises tendances*, qui ne se proposaient rien moins que d'énerver la loi, sous prétexte de la rendre plus humaine. Nous ne sommes pas heureusement sur le terrain politique, et il me sera permis d'affirmer, sans blesser personne, que des noms comme ceux-là n'ont rien perdu, comme philosophes et comme juristes, de leur légitime autorité sur les esprits. Or, il est remarquable qu'en 1832, aucune voix, que je sache, ni à la chambre des pairs, ni à la chambre des députés, ni même dans la presse, ne se soit élevée contre la faculté illimitée donnée au jury et aux tribunaux correctionnels de mitiger les rigueurs de la loi pénale par une déclaration de circonstances atténuantes.

Voici de quelle manière M. Barthe, alors Garde des sceaux, motivait cette disposition :

« Les avantages de l'adoucissement des peines, autorisé par l'art. 463, sont universellement reconnus. L'usage en est fréquent et sans danger. Des résultats analogues doivent être obtenus par l'extension de la même faculté à l'universalité des cas. Une pareille latitude n'est que justice.... L'inflexibilité dans la fixation de la peine enferme dans des catégories trop étroites des faits qui ne se ressemblent que par le nom, et diffèrent par leur essence. La conscience se révolte contre ces assimilations; le jury s'habitue à faire peu de cas de sa propre sincérité; il se réfugie dans des fictions, c'est-à-dire dans le mensonge; il se parjure, de peur d'être cruel. Les devoirs de l'humanité se concilieront avec ceux que le respect de la vérité impose, lorsque le jury sera laissé maître de déclarer les circonstances atténuantes.... Sans doute, l'opinion du jury se trouvera entraînée quelquefois par la considération de la rigueur de la peine; mais l'influence de cette considération ne saurait être absolument évitée, et il vaut mieux lui faire une juste part que de s'exposer à l'impunité, et que de laisser accréditer la doctrine dangereuse de l'omnipotence....[1] »

Le rapporteur de la chambre des députés, le sage et judicieux M. Dumon, disait, de son côté, au nom de la Commission :

[1] *Moniteur* du 1er septembre 1831.— Duvergier, sur la loi du 28 avril 1832, p. 216, note 3.

« Quelque habileté que le législateur ait apportée dans la gradnation des diverses espèces de crime, il est impossible de ne pas avouer que les circonstances déterminées qui servent de base à cette graduation n'ont pas toujours, dans le fait, l'importance qu'elles avaient dans la prévision du législateur. Quelle différence, souvent immense, entre telle et telle heure de la nuit, telle et telle effraction, telle et telle escalade, telle et telle violence, telle et telle préméditation! Combien se trouve alors insuffisante la simple latitude du maximum au minimum, pour trouver des peines qui correspondent, avec exactitude, à des culpabilités semblables, au jugement de la loi, mais si dissemblables, au jugement de la conscience! Combien se manifeste surtout l'imperfection du système, quand il s'agit de peines qui ne comportent pas de modération, comme la mort ou les peines perpétuelles!..... Il n'y a donc d'autre remède aux inconvénients qui viennent d'être signalés que d'introduire, dans chaque accusation, un droit absolu d'atténuer le crime et la peine, et de rectifier ainsi, par l'appréciation circonstanciée de la conscience, l'appréciation générale de la loi....

» L'extension des circonstances atténuantes à tous les cas, continuait M. Dumon, a obtenu, dans les Cours royales, dont les observations ont été communiquées à votre Commission par M. le Garde des sceaux, un assentiment presque unanime. Quelques-unes, cependant, auraient voulu excepter les crimes atroces, comme le parricide, l'assassinat et l'empoisonnement. Votre Commission a unanimement rejeté ces exceptions, que la grande majorité des Cours royales avaient déjà rejetées. Elle a pensé qu'il n'y avait pas de crimes dont, dans des circonstances rares sans doute, l'atrocité ne pût être atténuée par l'entraînement de la passion, la légitimité de la vengeance, la violence de la provocation morale, ou d'incompréhensibles égarements de la raison. Elle n'a pas voulu que, dans ces circonstances, où un intérêt puissant s'attacherait à un accusé, dont la vie serait menacée, le jury fût condamné à ne rien accorder à cet intérêt; elle a craint que, forcé par la loi à taire une partie de sa conviction, il ne la dissimulât tout entière, et ne s'affranchît, par l'impunité, d'une tâche rendue trop pénible....[1] »

[1] *Moniteur* du 12 novembre 1831. — Duvergier, *loc. cit.*

Les tribunaux n'ont-ils pas abusé quelquefois, le jury plus souvent, de cette faculté que la loi leur a laissée? Cela est certain. Le législateur l'avait prévu, et il ne s'en est pas inquiété, parce qu'il savait que, dans toute œuvre humaine, le mal se rencontre à côté du bien. Mais que sont quelques abus, si la chose est bonne en soi?— Le mal, d'ailleurs, est-il aussi grand qu'on le fait? — M. l'avocat général invoque la statistique criminelle :

« Il est certain, dit-il, qu'en France, depuis plus de trente ans, le nombre des méfaits et des récidives s'est constamment accru. Les malfaiteurs ne semblent pas suffisamment intimidés; la société ne paraît pas complétement protégée. Le mal est profond, ancien, invétéré; il s'aggrave en se prolongeant. Tous les criminalistes qui ont étudié les faits le proclament; les documents officiels le constatent avec une incontestable autorité. Et si les deux dernières statistiques signalent une légère amélioration, elle est si faible qu'elle ne saurait altérer la signification générale des faits [1]..... »

Ainsi, de par la statistique elle-même, la situation morale de la France, au point de vue pénal, se serait améliorée dans ces dernières années. C'est quelque chose déjà, et qui enlèverait au discours de M. l'avocat général un peu de son opportunité.

Je professe un grand respect pour la statistique, mais un respect exempt de superstition. Je n'ai pas en elle une foi aveugle, parce que les chiffres se prêtent, avec une étonnante souplesse, à toutes les inductions qu'on en veut tirer; parce que, d'ailleurs, ils ne présentent à l'esprit que des résultats matériels, sans indiquer la cause génératrice de ces résultats [2].

Je n'irai pas, après M. l'avocat général, vérifier les chiffres qu'il relève; je les tiens pour exacts, donnés par lui. Mais je lui soumettrai deux observations. En signalant une progression toujours croissante dans le nombre des prévenus correctionnels et des récidivistes, pour chaque période quinquennale, de 1826

[1] Discours, p. 8.

[2] « Les recherches de statistique judiciaire sont précieuses, dit M. Rossi; mais elles ne sont qu'un élément du travail historique; elles ne donnent que des résultats qui peuvent être l'effet de causes multipliées et diverses. Ce n'est qu'à l'aide d'un travail complet que ces résultats peuvent être rattachés à leurs véritables causes; et ce travail est long et difficile. » (*Traité du droit pénal*, 2e édit., p. 20.)

à 1855, il ne paraît pas avoir tenu compte d'une augmentation correspondante dans le chiffre de la population, à chacune de ces périodes. Ce serait déjà là une première source d'erreur. Qui ne sait, en second lieu, combien furent imparfaits les premiers essais de statistique criminelle? Que d'omissions, que de lacunes dans les premières années, et qui ont été comblées depuis! Que de récidives constatées aujourd'hui, et qui ne pouvaient l'être avant l'établissement du casier judiciaire, heureuse idée, due à l'un de nos honorables collègues [1]! quel surcroît apporté, depuis 1852, dans le nombre des agents de la répression, par la création des commissaires de police cantonaux [2], par l'augmentation des brigades de gendarmerie, par l'institution des sergents de ville dans les grandes cités [3]! Ne sont-ce pas là des raisons tout aussi plausibles, pour l'explication des chiffres de la statistique, que l'excès d'indulgence dont se plaint M. l'avocat général? Des lois nouvelles, comme celle sur la répression des fraudes commerciales [4], ont aussi contribué à augmenter le nombre des poursuites. Il n'y a donc pas, si l'on veut rester dans le vrai, de rapprochement à établir entre les résultats accusés par la statistique, en 1826, et ceux qu'elle présente, en 1855.

Mais j'ai hâte de sortir des généralités de la statistique, où je me sens mal à l'aise, pour chercher des raisons plus près de moi, et, par cela même, plus saisissables. Nous avons tous quelque expérience des affaires criminelles; et ne remarquons-nous pas, depuis quelques années, que les sessions de la Cour d'assises sont moins chargées, et par conséquent que le nombre des affaires de grand criminel diminue? A Paris notamment, où, pour évacuer le rôle, il fallait constamment deux sections en permanence, une seule aujourd'hui suffit, et il arrive quelquefois que les présidents n'ont pas un nombre d'affaires suffisant pour former leur rôle de quinzaine.

En revanche, le nombre des affaires correctionnelles augmente : M. l'avocat général le constate, et il en donne une raison que j'accepte.

[1] M. Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris.

[2] Décret du 28 mars 1852.

[3] Décrets des 26 septembre 1855, 29 août 1857.

[4] Loi du 27 mars 1851.

« Dans le temps où nous sommes, dit-il, ce sont les prévenus correctionnels qui, par leur nombre toujours croissant, constituent la véritable plaie sociale. Au grand jour des civilisations modernes, sous l'action des causes diverses qui amoindrissent et abaissent les caractères, qui transforment les passions, et substituent les ressources et les combinaisons de la fraude aux ardeurs et aux excès de la violence, qui adoucissent les mœurs en les dépravant, les grandes audaces et les grands crimes deviennent plus rares. Mais les délits inspirés par la ruse, l'astuce, la corruption, la bassesse et les vices sans énergie, se multiplient [1]. »

On ne saurait mieux dire. Oui, les délits qu'engendrent cette cupidité effrénée, cette ardeur de gain que rien n'arrête, ni ne peut détourner de son but, ces honteuses concupiscences des jouissances matérielles, ce dédain de la vie modeste et simple, cet abaissement des caractères qui ôte à l'âme tout ressort et toute énergie pour le bien, voilà le mal qui travaille les sociétés modernes ; voilà, pour me servir de l'expression de M. l'avocat général, notre véritable plaie sociale. Mais à qui s'en prendre? A la faiblesse des magistrats, ou à ces défaillances de l'opinion, qui ne sait plus avoir de mépris pour la bassesse des sentiments, ni de vertueuse indignation contre le scandale des fortunes mal acquises ou des mauvaises mœurs? Soyons justes : quand la fièvre de spéculation a amené sur les bancs de la police correctionnelle tous ces capitalistes improvisés ; ces inventeurs de sociétés à millions, ces coupeurs de bourse d'un autre genre ; tous ces escrocs du grand et du petit monde, les magistrats ont-ils manqué envers eux de fermeté? Leur éducation, leur position sociale, le haut patronage dont quelquefois ils pouvaient se couvrir, ont-ils fait fléchir pour eux la balance de la justice, ou même adoucir les rigueurs méritées de la loi pénale? Eh quoi! vous reprocherez au juge de montrer parfois de la commisération pour l'homme que le défaut d'éducation, l'abandon, la misère auront poussé au vol! Vous voudrez qu'il soit sans entrailles pour ce malheureux qui a mendié, en récidive, ou qui, ne pouvant trouver à s'occuper dans l'endroit qui lui a été assigné pour résidence, a rompu une deuxième fois, une troisième fois son ban! N'exagérons rien : vous ne le voulez pas, sans doute ;

[1] Discours, p. 8.

mais la réforme que vous demandez conduirait fatalement à ce résultat.

M. l'avocat général a dressé contre toute la magistrature, aussi bien celle du temps passé que du temps présent, un acte d'accusation en forme. Après avoir cité les paroles de M. le Garde des sceaux, dans les statistiques de 1850 et de 1856, exprimant l'opinion que « l'excessive indulgence des tribunaux est évidemment une des causes les plus actives de l'accroissement des récidives, qui ont doublé depuis vingt-cinq ans, » M. l'avocat général, en s'emparant de cette appréciation, tombée de si haut, s'écrie :

« En effet, messieurs, il faut bien le dire, avec tous les Gardes des sceaux, depuis plus de trente ans, les tribunaux ont, en général, manqué de fermeté. La faiblesse de la répression a été, pour les malfaiteurs, un motif permanent de sécurité, une sorte d'encouragement qui a surexcité leur audace.... Non-seulement la répression atteint rarement la juste mesure, mais elle n'est pas même assurée. La chance d'impunité est au moins égale à celle d'une répression quelconque. Sur cent crimes ou délits constatés par procès-verbaux, soixante-quinze seulement donnent lieu à des poursuites, et cinquante à des condamnations. Un certain nombre de ces condamnations ne sont même que nominales, étant prononcées par contumace ou par défaut. D'où la conséquence que, si tous les méfaits étaient constatés, les chances d'impunité et de répression seraient à peu près égales [1]..... »

M. l'avocat général veut-il me permettre une légère rectification? Si, sur cent crimes ou délits constatés par procès-verbaux, vingt-cinq demeurent impoursuivis, c'est apparemment, ou que les auteurs du fait sont inconnus, ou que les preuves manquent, ou que l'infraction est légère, ou que le fait constaté ne constitue ni crime ni délit. Il faut donc retrancher du nombre des crimes et délits, lorsqu'on veut apprécier l'intensité de la répression, ces vingt-cinq procès-verbaux. Restent soixante-quinze crimes ou délits, donnant lieu à cinquante condamnations. Cinquante sont les deux tiers, et non pas la moitié de soixante-quinze. Il ne me paraît donc pas tout à fait exact de dire que, « si tous les méfaits étaient constatés, les chances

[1] Discours, p. 14.

d'impunité et de répression seraient à peu près égales. » Les chances d'impunité ne seraient, au contraire, que dans la proportion de une à trois.

« Ce n'est pas le malfaiteur, continue M. l'avocat général, c'est la victime qui tremble et n'ose se plaindre. On est dans le vrai, en disant qu'un malfaiteur, qui viole les lois sociales, a plus de chances de rester impuni que de subir un châtiment quelconque. N'est-il pas effrayant de songer qu'indépendamment de cette chance absolue, il en a une autre dont le sentiment, fondé sur l'expérience, le rassure et le soutient dans la voie de perversité où il vit, celle d'être éventuellement frappé d'une peine excessivement atténuée, sans proportion avec la gravité du méfait, et perdant ainsi tout caractère d'intimidation [1] ? »

Quel sombre tableau de notre justice pénale ! Et, s'il est vrai, quelle opinion devront se faire les étrangers, qui liront le discours de M. de Gaujal, de l'état de la société en France? Ne se croirait-on pas transporté dans un de ces pays du nouveau continent où les lois sont sans force, les magistrats sans crédit, le Gouvernement sans autorité, et où règne cette abominable loi de Lynch, cette coutume sauvage de pendre un homme, sur un simple soupçon, et sans autre forme de procès?

« Les déviations, poursuit M. l'avocat général, les déviations qui ont successivement amené la répression au degré de faiblesse où nous la voyons, sont anciennes; il faut remonter assez haut pour en marquer la naissance et les premiers développements. Avant la réforme de 1832, les idées, en France, étaient déjà faussées, soit sur les principes qui doivent dominer la législation, soit sur les conditions essentielles de la répression pénale en elle-même. Dès cette époque, les lois répressives et l'exercice même de la justice étaient contestés, au nom de la philosophie. Les écrivains, les publicistes, le législateur lui-même entraîné, ont pris en main la défense, *non de la société contre les pervers, mais des pervers contre la répression.* Les criminels, objets d'épouvante pour toutes les nations éclairées et pour toutes les législations saines, sont devenus objets de pitié et de commisération. En considérant le condamné, on a isolé la pensée du châtiment de celle de l'atrocité du crime et de la

[1] Discours, p. 15.

nécessité sociale de la réparation; on a presque mis en question le droit de punir[1]..... »

A quelle école philosophique, demanderai-je, appartient donc M. de Gaujal, s'il répudie tous les efforts qui ont été faits par quelques hommes éminents et modérés de la Restauration pour adoucir et atténuer, dans la loi pénale, certaines dispositions qui paraissaient à tous empreintes d'une dureté excessive, et en faire disparaître d'autres qui se ressentaient de la barbarie des âges primitifs, et n'étaient plus en harmonie avec l'état des mœurs et de la civilisation moderne? M. l'avocat général a cité l'opinion de M. Rossi pour s'en appuyer; il ne déclinera donc pas l'autorité de ce maître.

« La France, écrivait, en 1829, avant la réforme de 1832, M. Rossi, la France a une législation pénale qui est, sans doute, plus rationnelle et plus humaine que celle qui existait avant la Révolution.... La peine de mort, quoique moins prodiguée que dans l'ancienne législation, y est cependant conservée pour un trop grand nombre de crimes. Mais elle y est surtout appliquée sans discernement, sans les distinctions que réclament la justice et l'opinion publique. Lorsque le législateur du Code pénal frappe, il frappe en masse, avec une sorte de laisser-aller, dédaignant toute considération du plus ou moins de démérite moral et politique que peut offrir l'action punissable. S'agit-il de complicité? Il a établi une théorie d'une simplicité draconienne.... La peine de la marque et celle du carcan, qui, dans certains cas, peut même être appliquée, soit comme peine principale, soit comme peine accessoire de celle de cinq ans seulement de reclusion, sont aussi des taches qui, nous ne saurions en douter, ne tarderont pas à disparaître de la législation pénale d'une nation dont les mœurs sont si douces et la civilisation si fortement progressive. La France est la Toscane de l'Europe[2]..... »

Si je voulais passer en revue chacune des réformes opérées par la loi de 1832, il n'en est pas une, me paraît-il, qu'il ne me fût facile de justifier; mais cet examen m'entraînerait trop loin. Bornons-nous à constater que quelques-unes, et les plus importantes, ont obtenu l'adhésion de M. l'avocat général.

« Cependant, dit-il, même affaiblie par cette importante mo-

[1] Discours, p. 16.

[2] *Traité du droit pénal*, t. I, 2e édit., p. 42.

dification (la faculté de déclarer des circonstances atténuantes), notre législation pénale peut encore et doit suffire à tous les besoins du salut social. Les incriminations et les pénalités y sont définies et fixées d'après les plus saines notions de la morale et de la raison. Et, si les rigueurs excessives ne souillent plus nos Codes; si les derniers vestiges de barbarie, la marque, le carcan, l'exposition publique, la mort civile, ont enfin disparu; si, depuis 1848, les cas de peine de mort sont réduits à quinze; si, pour la modération des peines, un grand pouvoir discrétionnaire est laissé aux tribunaux de tous les degrés; si, dans toutes les réformes qui se sont succédé, l'humanité et le droit individuel ont reçu pleine satisfaction, *tandis que, seule, la protection sociale n'a pas vu s'accroître ses garanties* [1], cependant, on peut dire qu'il reste encore, dans notre loi pénale, à la disposition du juge, toutes les armes nécessaires à la défense sociale [2]..... »

Plus loin, M. l'avocat général dit encore :

« La loi pénale est ce qu'elle doit être; l'instrument mis entre les mains du juge est excellent; mais le juge ne s'en sert pas avec la fermeté nécessaire. C'est au juge, non à l'instrument, de répondre des insuffisances de la répression [3]. »

Voilà donc, en définitive, les réformes introduites dans notre législation criminelle, par la loi du 28 avril 1832, justifiées par M. l'avocat général lui-même.

Reste le reproche d'indulgence excessive, de *faiblesse* (le mot est plus dur), qu'il adresse aux magistrats dans l'application qu'ils font de la loi pénale aux condamnés.

« Sous l'empire d'une législation qui semblait légitimer ces tendances (à la commisération pour les coupables), les convic-

[1] M. l'avocat général oublie le pouvoir remis au Gouvernement par le décret du 8 décembre 1851 de transporter, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie, tout individu placé sous la surveillance de la haute police qui sera reconnu coupable d'avoir rompu son ban; de même que tout individu reconnu coupable d'avoir fait partie d'une société secrète; la faculté de suspendre un journal, pendant deux mois, par simple décision ministérielle, après deux avertissements motivés, ou de le supprimer tout à fait, après une suspension judiciaire ou administrative, ou par mesure de sûreté générale, mais par un décret spécial émané du chef du Gouvernement. (Décret organique de la presse du 17 février 1852, art. 32.)

[2] Discours, p. 13.

[3] *Ibid.*, p. 25.

tions, dit M. de Gaujal, se sont affaiblies. Les consciences les plus fermes ont été troublées; le mal s'est emparé des esprits; il y a germé; il s'y est développé; il est devenu général. On en est arrivé à ne plus voir et juger le délit en lui-même, mais à rechercher principalement les causes qui peuvent l'expliquer. On s'est montré plus ingénieux pour lui trouver des justifications que pour mesurer sa gravité. *Quand on ne lui en a pas trouvé, on en a inventé.* On en découvre jusque dans la loi elle-même, que, par une étrange interversion de rôle, on juge et on condamne, en s'abstenant de l'appliquer dans sa mesure. Dans cette lutte des mœurs contre la loi, celle-ci perd, chaque jour, davantage de son autorité. Ses qualifications ne sont plus ratifiées par la conscience. Le bon sens public s'altère. Les notions du juste et de l'injuste sont confondues. La multitude s'habitue à considérer comme fautes légères les faits qui sont légèrement punis. — Ce tableau, Messieurs, n'a rien d'exagéré [1]. »

J'en appelle à M. de Gaujal lui-même. — Il remplit, depuis longues années déjà, les fonctions du ministère public à la Cour impériale de Paris. Il a siégé souvent à la Cour d'assises, aux appels de police correctionnelle. Est-ce donc là le spectacle qu'il a eu sous les yeux? Je ne veux pas apporter ici mon témoignage; on le récuserait peut-être; mais la Cour de Paris, dans ces dernières années au moins, ne s'est pas fait, que je sache, un renom de clémence; et, s'il n'y a pas à le lui imputer à blâme, on peut encore moins lui adresser le reproche d'avoir failli à ce ministère de rigueur que M. l'avocat général regarde comme le plus impérieux de ses devoirs. Ce reproche de faiblesse, que M. l'avocat général adresse aux tribunaux, il faudrait, d'ailleurs, le faire remonter plus haut; car nous voyons tous les jours le Gouvernement, par l'exercice du droit de grâce, atténuer encore des peines qui, dans l'opinion de M. l'avocat général, avaient été déjà trop atténuées par les magistrats.

Magistrats du parquet, chargés de la difficile mission de poursuivre et de convaincre le coupable, magistrats du siége, investis du droit plus redoutable de le punir, nous avons tous, au même degré, l'amour du bien public; mais ce but commun, nous ne l'envisageons pas du même point de vue. Champion de la société dans sa lutte contre les hommes pervers, l'officier du

[1] Discours, p. 16.

parquet apporte, sans qu'il s'en doute, dans l'exercice de son ministère, toutes les ardeurs du combat. Dans l'homme qu'il dénonce, ce n'est pas seulement un coupable qu'il poursuit, c'est presque un adversaire. Il y mettra quelquefois de la passion; sentiment qu'il n'a pas à désavouer, puisque c'est la passion du bien. — Le juge, au contraire, pour rester impartial et froid, a besoin de se désintéresser de toutes ces ardeurs de la poursuite, de se défendre, en face du coupable, d'une indignation trop légitime. Il a la preuve du crime; mais il en scrute les causes, il en pèse toutes les circonstances. Sous le coupable il voit l'homme, être déchu, mais qui peut encore se relever; et, dans sa conscience, il cherche, à la lueur de son intelligence et de sa raison, un châtiment qui soit en proportion avec l'infraction commise. Il arrivera quelquefois qu'en pensant à une femme, à des enfants, que la faute du père, du mari, va plonger dans la misère, il aura fait trop large la part de l'indulgence et de la pitié; mais de ce fait isolé ne tirez pas des conséquences extrêmes, et n'en prenez pas avantage pour dire que, dans les tribunaux de tous les degrés, l'indulgence est érigée en système, qui les place en révolte permanente contre la loi.

« En police correctionnelle, dit M. l'avocat général, les acquittements regrettables sont rares; mais la mesure de la répression varie infiniment d'un tribunal à un autre. L'écart est énorme, et ne s'explique que par la diversité infinie des règles personnelles d'appréciation [1]..... »

Et vous vous en étonnez! Mais il n'en peut être autrement. Dans les contrées agricoles, où les mœurs sont plus douces, la nature des crimes et des délits doit participer nécessairement du caractère des habitants. Le crime ne s'y montrera pas avec la même audace, le délit n'y aura pas le même degré d'impudence, la dépravation des mœurs ne s'y affichera pas avec la même effronterie que dans les pays de manufactures ou dans les grands centres de population. Les peines appliquées y seront, par conséquent, et devront y être moins sévères, les circonstances atténuantes d'un plus fréquent usage. Je m'explique donc parfaitement qu'en 1854, comme l'a remarqué M. l'avocat général, les acquittements, en Cour d'assises, aient été de 54 pour 100, dans le département des Pyrénées-Orientales, et de

[1] Discours, p. 21.

8 pour 100, dans le département du Rhône; — en 1855, de 7 pour 100 dans les départements de l'Aisne et de la Loire, et de 34 pour 100 dans les départements de la Gironde et de l'Ain.— Cette loi pourtant, comme toute loi, a ses anomalies; et la statistique de 1856 a constaté que les acquittements avaient été de 55 pour 100, dans le département de la Lozère, et de 8 pour 100 seulement, dans le département du Lot, pays de culture tous les deux. Mais cela peut tenir à des causes diverses. M. l'avocat général n'en admet qu'une seule, toujours la même : pour la Cour d'assises, l'indulgence excessive du jury; pour la police correctionnelle, l'indulgence excessive des magistrats.

« En donnant au juge, dit-il, un pouvoir excessif, la loi a exagéré son rôle. Ce danger pouvait être conjuré par la sagesse et par la fermeté du juge; mais le juge a subi les entraînements de l'opinion et des mœurs. Il a dénaturé la loi, en l'appliquant. La répression n'a pas été seulement adoucie, elle s'est énervée, chaque jour, davantage; le but a été dépassé. Oui, Messieurs, la juge a fatalement glissé sur la pente funeste où l'entraînaient les mœurs. La faculté d'atténuation que la loi lui avait donnée pour en faire un usage judicieux et prudent, il en a fait un étrange abus. C'est alors qu'on a vu se produire cet effrayant contraste : d'une part, le nombre des méfaits s'accroissant toujours; de l'autre, la répression s'affaiblissant, et les décisions de justice constatant invariablement qu'il existe des circonstances atténuantes. La déclaration des circonstances atténuantes est devenue comme une formule banale, systématiquement adoptée pour substituer une peine arbitraire, et le plus souvent illusoire, à la peine légale. Pouvait-on rien faire qui fût de nature à pervertir plus complétement le sens moral des populations[1] ? »

Le juge a fatalement glissé sur la pente funeste où l'entraînaient les mœurs! Mais, si je ne me trompe, c'est là son éloge. Quand les mœurs s'adoucissent, quand la civilisation est en progrès, lorsque l'opinion (j'entends parler des honnêtes gens, non des hommes relâchés) se montre de plus en plus contraire à la trop grande sévérité des peines, la loi doit-elle rester stationnaire, au risque de passer pour cruelle, et le juge se piquer d'insensibilité? Tite-Live disait déjà des lois pénales des Ro-

[1] Discours, p. 22.

mains, nos maîtres en toutes choses : *In aliis gloriari licet nulli gentium mitiores placuisse pœnas.* Et Aulu-Gelle : *Est ulciscendi et puniendi modus, atque haud scio an satis sit eum qui lacessierit injuriæ suæ pœnitere.* J'ai déjà cité Montesquieu et Beccaria, qui font de la modération des peines un axiôme de toute bonne législation criminelle : « L'expérience a fait remarquer, dit Montesquieu, que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes »[1]. De nos jours, M. de Broglie a également formulé cette maxime : que « punir un homme pour une action innocente; le punir sévèrement pour une faute légère, c'est agir sans droit; c'est sacrifier une victime à l'intérêt public; ce n'est plus punir. » Obéissant aux inspirations de cette consolante et saine philosophie, nous avons banni de nos lois l'appareil des supplices; nous n'avons retenu la peine capitale que pour un petit nombre de cas; nous avons immatérialisé le châtiment, en ne l'infligeant plus au corps, mais à l'âme, et en ne demandant au coupable, pour expiation de son crime, que le sacrifice, plus ou moins prolongé, de sa liberté, qui le met dans l'impuissance de nuire et lui laisse le temps de s'amender. Ce sont là les heureux effets d'une civilisation en progrès, et la civilisation, espérons-le, n'a pas dit son dernier mot.

Mais, à côté de l'humanité dans les lois, doit se placer, suivant la logique des faits, l'humanité dans les jugements. Le juge, pour mesurer au crime l'étendue du châtiment, n'a d'autre criterium que sa conscience; et le législateur l'a si bien senti que, pour ne pas l'enfermer dans un cercle trop étroit, dont il fût tenté de sortir par le mensonge, il lui a conféré ce pouvoir souverain, non pas de substituer, comme le dit M. l'avocat général, une peine arbitraire à la peine légale, ce qui serait une prévarication, mais d'atténuer celle-ci, dans une mesure circonscrite, lorsqu'il s'agit de crime, et sans autre

[1] *Esprit des lois*, liv. VI, ch. 12.

Beccaria a exprimé la même pensée, en la paraphrasant : « La certezza di un castigo, benchè moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità; perchè i mali, anchè minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza. » (*Dei delitti e delle pene*, cap. 20.)

limite, lorsqu'il s'agit de délit, que celle-là même au-dessous de laquelle la pénalité ne peut descendre.

C'est, à mon sens, l'honneur de la magistrature française d'être recrutée dans toutes les classes de la société, et c'est, pour les intérêts si divers et si nombreux qui relèvent de la justice, la meilleure garantie d'une égale protection. La société, sans doute, a le droit de compter sur les magistrats pour sa défense; et, aux jours de péril, ils ne lui ont jamais fait défaut; mais les magistrats ne peuvent-ils pas aussi avoir à défendre les citoyens contre les rigueurs exagérées du Parquet? Par la direction de leur esprit, comme par la nature de leurs devoirs, ce n'est pas habituellement du côté de l'accusé qu'ils se rangent, et M. l'avocat général, je le crois fermement, leur a fait, à cet égard, un reproche immérité. Je ne prétends pas dire, encore une fois, que les tribunaux n'abusent jamais de l'indulgence; mais ne leur arrive-t-il jamais d'outrer la sévérité? Excès pour excès, j'aimerais encore mieux le premier que le second; car, à mes yeux, la justice qui n'est pas modérée n'est pas de la justice[1]. Mais, en France, Dieu merci! il n'y a d'excès ni d'un côté ni de l'autre; et, si la magistrature y est honorée, si ses décisions y inspirent plus que du respect, de la confiance, c'est

[1] « La modération, disait M. le procureur général Chaix d'Est-Ange dans le discours de rentrée de l'année dernière, est partout nécessaire au magistrat; mais, dans le maniement des fonctions diverses qui sont confiées à sa religion, c'est surtout dans la répression des crimes ou des délits que doit éclater cette vertu, qui devient d'autant plus précieuse qu'elle est mise à de plus rudes épreuves..... Plus le crime est atroce, plus le péril est grand pour le magistrat. Ce n'est plus alors seulement contre sa propre indignation qu'il doit être en garde, c'est encore contre le cri de la conscience publique, qui, tout émue, juge sans savoir, condamne sans entendre, s'irrite des sages lenteurs de la loi, et voudrait renverser toutes les barrières que la prudence oppose à ses aveugles colères..... Que fera, cependant, le magistrat au milieu de ce tumulte de l'opinion? Ce n'est pas sa faiblesse que je crains..... Ce que je crains, c'est précisément ce besoin de justice qui est aussi dans son cœur, et qui le soutient même dans l'accomplissement de ses devoirs; c'est cette passion dont le principe est si élevé, mais qui est mauvaise cependant, parce qu'elle est une passion, parce qu'elle ne laisse plus à son âme le calme qui lui est nécessaire, à son jugement sa liberté, à sa parole enfin la modération, sans laquelle la justice elle-même ressemble à la violence. » (Discours de rentrée, p. 34.)

Je suis heureux, et c'est un puissant appui pour les idées que je viens d'émettre, de me trouver dans une si parfaite concordance de vues avec un esprit aussi éminent que M. Chaix d'Est-Ange.

qu'elle n'y abuse pas de son pouvoir; c'est que le juge, en dépit de ses habitudes professionnelles, si propres à lui faire contracter une certaine dureté de cœur, sait garder sur son siége cette indépendance d'esprit et de raison qui est son honneur et sa force à la fois. Que la magistrature se maintienne donc, je l'en conjure, dans cette modération qui a fait, de tout temps, en France, sa popularité, et qui n'exclut pas la fermeté dans l'accomplissement du devoir, lorsque l'intérêt public l'exige et que la nature du fait à réprimer la justifie.

Ce qui précède montre assez que je ne suis pas du sentiment de M. l'avocat général sur les deux réformes qu'il propose. Le nombre, toujours croissant, des récidives l'effraye à ce point qu'il n'y trouve d'autre remède que la suppression, à l'égard des récidivistes, des circonstances atténuantes. Mais cela serait-il juste? Combien de légers délits, commis en récidive, seraient trop sévèrement punis par le maximum de la peine! Combien de vols sans gravité seraient frappés bien plus cruellement encore par une peine invariable de cinq années de prison! Au grand criminel, on verrait bientôt se reproduire ces regrettables acquittements, inspirés uniquement par les rigueurs de la loi pénale. « Le jury, pour répéter les paroles de M. le Garde des sceaux de 1832, se parjurerait, de peur d'être cruel.» C'est également la remarque de Montesquieu : « Lorsque la peine est sans mesure, dit-il, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité [1]. »

Je doute fort, d'ailleurs, que le remède fût efficace.

« En matière criminelle, dit M. l'avocat général, les condamnés obtiennent des circonstances atténuantes dans 71 cas et demi sur 100; et, quand les Cours d'assises pourraient donner pleine satisfaction à la déclaration des circonstances atténuantes, en abaissant la peine d'un degré seulement, 41 fois sur 100, elles l'abaissent de deux degrés : par là, elles épuisent la faculté exceptionnelle que la loi leur avait donnée pour des cas exceptionnels. L'exception facultative est presque devenue la règle [2]. »

En voyant la magistrature, dans 41 cas sur 100, s'associer à la

[1] *Esprit des lois*, liv. VI, ch. 13.
[2] Discours, p. 22.

pensée indulgente du jury, au lieu d'en conclure, comme M. l'avocat général, qu'il y a là une faiblesse commune des magistrats et des jurés, je suis plus porté à penser que la peine, abaissée d'un degré seulement, eût été, en effet, en disproportion avec le fait déclaré constant par le jury.

« Devant les tribunaux correctionnels, poursuit M. l'avocat général, l'abus des circonstances atténuantes n'est ni moins grave ni moins fréquent. La statistique de 1850 constate que, dans les vingt-cinq années précédentes, le bénéfice des circonstances atténuantes a été accordé à 56 condamnés sur 100. En 1855 et 1856, les tribunaux correctionnels ont accordé le bénéfice des circonstances atténuantes à 61 pour 100 des condamnés de toutes catégories; et cette proportion s'est élevée, en 1856, à 79 pour 100 des condamnés pour vol, et à 86 pour 100 des condamnés pour fraudes commerciales [1]. »

J'ai déjà dit que les données de la statistique sont un guide peu sûr dans la recherche des causes impulsives des crimes et des délits. Mais ici l'argument fait défaut à M. l'avocat général. Le nombre des prévenus correctionnels, en effet, qui ont obtenu des circonstances atténuantes, en 1855 et 1856, a été de 61 pour 100; il n'avait été que de 56 pour 100, en 1850 et années antérieures : c'est donc une augmentation de 5 pour 100 seulement, ou d'un vingtième, dans l'espace de cinq ans. Or, en prenant les mêmes termes de comparaison, la période quinquennale de 1851 à 1855, on trouve que le nombre des prévenus correctionnels, qui n'était que de 117,512 pour la période quinquennale de 1846 à 1850, a atteint, pour la période suivante, de 1851 à 1855, le chiffre de 154,355, c'est-à-dire qu'il présente une augmentation de près de 25 pour 100, ou d'un quart. Il y a donc, à cette progression de 25 pour 100 dans le nombre des prévenus correctionnels pour un intervalle de cinq années, d'autres causes que l'application de l'article 463 [2]. — La cause philosophique, il est triste de le dire,

[1] Discours, p. 22.

[2] « L'usage, généralement adopté, de correctionnaliser les crimes sans gravité semble, au premier abord, dit M. l'avocat général, donner l'explication de cet accroissement. L'observation des faits et l'examen attentif et comparé des statistiques démontrent que cette cause est secondaire et très-limitée. En effet, la décroissance parallèle des crimes est en disproportion manifeste avec l'accroissement des délits. De 1826 à 1830, le nombre moyen des accusés était

c'est l'augmentation de la perversité. Il n'est que trop vrai, malheureusement, que les nations se dépravent en vieillissant. La rudesse des mœurs s'efface ; mais la corruption du cœur augmente. L'intensité des crimes diminue ; mais les délits sont en progression constante. La dépravation des mœurs, en un mot, est en raison directe de son raffinement. Je ne veux pas dire, pour l'honneur de la civilisation, qu'elle en soit la cause ; mais c'est du moins un fait qui se produit à côté d'elle. La conséquence de ce fait est et doit être un accroissement dans le nombre des récidives, comme le relève M. l'avocat général [1]. Car c'est encore une vérité que nous dévoile la pratique des affaires criminelles, qu'il y a une classe d'individus qui sont en guerre permanente avec la société, et qui n'ont d'autre industrie, d'autres moyens d'existence, que le vol ou l'escroquerie. Condamnés une première fois, ils ne sortent de la prison que pour commettre de nouveaux délits, et se faire condamner une seconde, une troisième, une quatrième fois. Les vagabonds (et le nombre en est grand), les condamnés à la surveillance, sont dans le même cas. Épuisez contre ces individus toutes les rigueurs de

de 5,306. La dernière statistique constate qu'en 1857, il a été de 5,773. » (Discours, p. 9, note 2.)

La décroissance serait bien plus apparente, si M. l'avocat général tenait compte de l'augmentation de la population de 1830 à 1857, qui, logiquement, et à moins que la criminalité ne se soit considérablement affaiblie, ce qui n'est pas l'avis de M. l'avocat général, aurait dû produire une augmentation proportionnelle dans le nombre des accusés. Mais j'admets, avec M. l'avocat général, que l'habitude dont il parle, de correctionnaliser les crimes sans gravité, ne saurait, à elle seule, donner l'explication de cette augmentation de 25 pour 100 dans le nombre des prévenus correctionnels. Seulement, et puisque j'en trouve l'occasion, je dirai que ce procédé ne me semble ni très-légal, ni très-juste. Il n'est pas légal, car il distrait l'accusé de ses juges naturels ; il n'est pas juste, car, si l'on traduit l'accusé devant la police correctionnelle pour lui faire appliquer une peine moindre, l'intérêt public en souffrira ; si c'est pour rendre sa condamnation plus certaine, on sacrifie les intérêts de l'accusé. — On me trouvera bien rigoriste ; mais j'avoue que j'aimerais mieux voir faire par la loi ce que les magistrats ne me semblent pas, avec les meilleures intentions, avoir le droit de prendre sur eux.

[1] « La statistique de 1850, dit-il, constate que, de 1826 à 1850, elles (les récidives) ont doublé. En 1851, il y a eu 23,518 récidivistes ; — en 1852, 33,005 ; — en 1853, 35,700 ; — en 1854, 38,479 ; — en 1855, 38,771 ; — en 1856, 40, 345 ; — en 1857, 41,642. » (Discours, p. 9.)

la loi pénale, vous ne parviendrez pas à les ramener dans le droit chemin. Leurs instincts sont mauvais, ils resteront incorrigibles.

La seconde réforme proposée par M. l'avocat général, il ne s'en cache pas, est un acte de défiance contre la magistrature.

« On atténue, sans motif, dit-il, parce qu'on n'est pas obligé de préciser les circonstances atténuantes..... C'est, cependant, un principe essentiel de notre droit que les jugements doivent être motivés. L'obligation de motiver les jugements est une garantie fondamentale; elle commande le recueillement et la réflexion, et donne au juge un sentiment plus vif de sa responsabilité. On ne songerait pas à dispenser le juge de motiver une condamnation : pourquoi ne pas donner cette garantie à l'intérêt social, quand il s'agit de faire fléchir les rigueurs de la loi [1] ? »

Je ne serais pas éloigné d'adopter cette idée, si la chose me paraissait utile et praticable.

M. l'avocat général ne songe pas, probablement, à imposer au jury, lorsqu'il déclarera qu'il existe des circonstances atténuantes en faveur de l'accusé, l'obligation de dire en quoi elles consistent, puisque la loi n'exige de lui, pour la condamnation ou l'acquittement, qu'un *oui* ou un *non*, sans l'astreindre à déduire les motifs de sa décision.

Ce n'est donc qu'aux tribunaux que s'appliquerait la disposition nouvelle.

Mais d'abord, la chose est-elle praticable? Infinies sont les nuances de culpabilité, les raisons morales qui peuvent disposer le juge à l'indulgence. Ce sera le jeune âge de l'accusé; sa bonne conduite antérieure; l'honnêteté de la famille à laquelle il appartient, et qu'on ne voudra pas flétrir en sa personne; ce seront les entraînements auxquels il aura cédé; les provocations morales, pour employer l'expression de M. Dumon, dont il aura été l'objet; le repentir qu'il aura montré; le peu de gravité du préjudice causé; que sais-je ? ces mille et une considérations, puisées dans les circonstances mêmes du délit, et qu'il est impossible d'analyser. Pourquoi ne le dirais-je pas? Peut-être même quelquefois la rigueur de la peine.

[1] Discours, p. 26.

D'un autre côté, quelle utilité à exiger des tribunaux qu'ils indiquent, dans le jugement, les circonstances qui leur paraissent atténuantes? Ce sera, dit M. l'avocat général, une garantie qu'ils ne les admettront pas légèrement. Il me paraît plus digne de s'en remettre, sur ce point, à la conscience des magistrats, puisqu'en pareille matière, il n'y a pas de règle à laquelle on puisse se rattacher pour juger s'ils se sont trompés ou non.

De tout cela que conclure? Que la loi est bonne et qu'il n'y a pas à la changer. Quelle instabilité est la nôtre! Nous nous sentons tourmentés, sans cesse, du besoin de remanier nos lois. Nous sommes, en cela, bien différents de nos voisins, qui, si défectueuse que soit leur législation, si nécessaires que soient, aux yeux de tous les hommes éclairés, les réformes à y apporter, pour en faire disparaître les traces de barbarie qu'y a imprimées la rouille des âges, répondent invariablement, par la voix de leurs lords : *Nolumus leges Angliæ mutari.* Je ne proposerais pas de suivre, de tous points, l'exemple des Anglais; mais quelque chose de cet orgueil national ne serait pas déplacé chez nous pour fixer l'excessive mobilité de notre humeur.

J'ai fini. Je voudrais, en terminant, rassurer M. l'avocat général. Il a parlé au nom d'un principe dont je reconnais, autant que personne, l'importance sociale, c'est le principe d'AUTORITÉ. Mais, si ce principe salutaire a été fortement ébranlé dans la dernière crise, il se trouve aujourd'hui suffisamment relevé et affermi; et ce n'était pas le cas, me semble-t-il, de prononcer le *Cavete, consules!* Je suis prêt à applaudir au langage élevé de M. l'avocat général; je rends hommage au sentiment de conviction qui lui a dicté sa mercuriale. Dans sa pensée, il avait de dures vérités à dire, et il les a dites; j'honore son courage. Mais, plus ces paroles de blâme tombaient de haut, plus il m'a semblé nécessaire de ne pas laisser s'accréditer, dans le public, l'opinion que le mal fût tel que le signale l'organe du Parquet, et que la responsabilité dût en remonter aux magistrats. C'est ce sentiment, et point d'autre, qui m'a fait combattre les théories de M. l'avocat général. Je l'aurai fait, j'espère, sans blesser un ancien collègue du Parquet. FLANDIN.

DE LA COMPÉTENCE DES JUGES D'INSTRUCTION,

DEPUIS LA SUPPRESSION DES CHAMBRES DU CONSEIL, NOTAMMENT DANS LES DEMANDES EN LIBERTÉ PROVISOIRE SOUS CAUTION.

Par M. Girard de Vasson, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

Quand une loi nouvelle vient rompre subitement avec un passé déjà consacré par de longues habitudes, ce n'est point manquer de respect à cette loi que de se préoccuper de l'accueil qu'elle reçoit dans la magistrature, et de suivre, à travers la jurisprudence, les effets qu'elle a produits pour savoir si elle a tenu ses promesses. Il y a pour tous les bons esprits plus qu'un attrait de curiosité, il y a un devoir sérieux dans cette étude. Toute transition d'une législation à une autre est une épreuve, un enseignement. L'histoire des mœurs d'une nation est dans l'histoire de ses lois. Nul essai législatif ne peut donc échapper à l'observateur impartial. Toute innovation législative tombe dans le domaine légitime de son attention et de sa sollicitude.

Trois années à peine se sont écoulées depuis que les pouvoirs attribués, dès 1811, aux chambres du conseil ont été transférés exclusivement aux juges d'instruction par la loi du 17 juillet 1856. Serait-il téméraire de croire que l'heure est déjà venue de se demander si cette innovation dans notre Code d'instruction criminelle a produit les fruits qu'on en attendait? Est-il vrai que cette substitution du pouvoir d'un seul à la délibération de quelques-uns ait fortifié la vindicte publique, et surtout accéléré son action? Est-il vrai que la répression ait gagné en célérité et en vigueur ce qu'a pu perdre en garanties la liberté individuelle? Est-il vrai que les parquets aient conquis en puissance ce que les juges d'instruction perdaient auparavant, dit-on, en influence, et même en lumières, au sein des chambres du conseil? Est-il vrai que la justice, en général, ait gagné des garanties de plus à cette procédure nouvelle qui des mains du juge d'instruction arrive aujourd'hui, *omisso medio*, à la Cour souveraine? Les juges d'instruction se meuvent-ils plus librement dans leur isolement nouveau qu'ils ne le faisaient dans les liens, déjà pourtant bien souples et bien élastiques, de la chambre du conseil, où leur seule voix pouvait suffire pour em-

porter décision? (ancien art. 133 du Code d'instruction criminelle.) Depuis la loi du 17 juillet 1856, sont-ils, ainsi que les parquets, plus forts devant l'opinion, devant les résistances locales, plus éclairés aussi devant les qualifications des crimes et délits, et devant ces secrets de la science du criminaliste qui, comme on le sait, vont toujours se compliquant, malgré les efforts des lois, avec la marche même de la civilisation? L'administration de la justice a-t-elle beaucoup à se louer de la suppression d'un examen préalable qui était délibéré par les juges du lieu au double point de vue des faits et du droit, et qui portait à la fois et sur les caractères du délit et sur sa qualification légale? S'est-on aperçu que cette *minima diminutio capitis* des magistrats du premier degré se soit réellement traduite en une garantie de plus pour les juges supérieurs, pour la société et pour les accusés? Et si, aux yeux des magistrats des Cours eux-mêmes, ce résultat espéré n'a point été atteint, n'aurions-nous, pour nous en consoler, que les témoignages contraires des statistiques? Si, comme on doit l'admettre, les chiffres ne sont jamais complaisants, ne doit-on pas, du moins, les croire quand ils ne peuvent accuser un seul exemple d'une mise en liberté ou d'une mise en prévention retardée d'un jour, d'une heure peut-être, sous le précédent système, par l'intervention de la chambre du conseil, toujours si facilement convoquée en effet, et toujours prête à entendre les rapports des juges d'instruction qui fonctionnaient à ses côtés? La loi du 17 juillet, en un mot, mérite-t-elle tous les suffrages que s'est conciliés, dans la magistrature, avec une si remarquable unanimité, la loi, récente aussi, mais, ce semble, bien mieux inspirée, qui a centralisé au sein des cours les appels correctionnels? Toutes questions délicates qui appelleraient, on en convient, des réponses nécessairement insuffisantes, car, pour que ces réponses pussent concilier tous les sentiments et satisfaire à toutes les objections, il faudrait un cadre de discussion plus large que celui qui nous est ouvert dans cette *Revue*.

Il est donc plus sage de laisser au temps seul, à l'expérience, le soin de répondre à toutes ces questions.

Qu'il nous suffise de le dire ici : il en est des lois comme des livres : « *Habent sua fata.* » Il n'est pas de loi qui ne porte, plus ou moins marquée, l'empreinte de son époque, c'est-à-dire du milieu dans lequel elle est née, et où elle a puisé sa raison

d'être. Si cela est vrai même des lois purement civiles qui règlent l'état de la famille, et statuent, par conséquent, sur un ordre de choses en quelque sorte éternel et immuable, cela est vrai, à bien plus forte raison, des lois qui mesurent la liberté, et qui règlent les rapports des citoyens avec la justice et le gouvernement chargé de l'administrer. Telle loi qui sera acceptée, non-seulement sans surprise, mais avec un muet assentiment, par l'opinion publique, n'aurait éveillé peut-être que des susceptibilités inquiètes et des ombrages sous des influences contraires. On peut le dire, l'histoire à la main, les impressions à cet égard semblent avoir leur source dans les instincts mêmes des races. La famille gauloise dont nous sommes issus, distraite, en tous temps, par d'autres visées, semble incapable d'épouser sur le *self government* et l'*habeas corpus* les prédilections traditionnelles que nous voyons se produire, avec autant de vivacité que de persistance, chez nos voisins d'outre-mer. La race anglo-saxonne, que représentent aujourd'hui les Anglais et les Américains des États-Unis, nous donne à cet égard des exemples qui ne paraissent pas destinés à devenir pour nous des enseignements.

Quoi qu'il en soit, ce n'est point, certes, faire de la politique, mais tout simplement de l'histoire, absolument comme M. Jourdain faisait de la prose en réclamant de Nicolle ses pantoufles, que de dire ici que, même parmi nous, la loi du 17 juillet 1856 n'eût pu naître et prendre place dans nos Codes trente ans plus tôt. Que n'aurait-on pas dit en effet, même en pleine Restauration et sous le feu de la tribune et de la presse régnantes, d'un projet de loi qui aurait prétendu à la *liberté grande* d'enlever, même aux inculpés des délits ordinaires, la garantie première de la chambre du conseil, jusqu'alors considérée comme pouvoir modérateur du ministère public et du juge d'instruction lui-même? Que d'esprit n'eût-on pas dépensé dans les journaux au service de cette thèse! Comme on se serait mis à l'aise pour nous prouver que cette innovation allait livrer à l'empire absolu des parquets la liberté de tous les citoyens! Quels flots d'éloquence n'eussent pas été déversés, du haut des deux tribunes, sur le projet de loi assez *osé* pour mettre la main sur le Code d'instruction criminelle, issu pourtant d'une époque qui ne peut être accusée d'avoir déserté les droits de l'autorité, ni mis en oubli les intérêts de la répression! Sans

nous créer rétrospectivement des fantômes, il doit nous être permis de croire que, sur la foi de cette clameur de *haro* de la tribune et de la presse, plus d'un sommeil eût été troublé. L'opinion émue ne se fût point étonnée de voir une *question de cabinet*, un *casus belli* parlementaire, surgir d'un tel projet de loi, si mince qu'il eût eu le soin de se présenter en surface. Ne voit-on pas d'ici, sur un rapport de pétitions qui survient, et qui signale au public ce projet encore endormi dans les cartons ministériels, le garde des sceaux appelé à la tribune par le geste même de ses collègues, pour couvrir peut-être, par l'allégation de quelques circonstances atténuantes résultant du secret d'un rapport confidentiel, un procureur général assez hardi pour avoir adressé à la chancellerie le germe d'une pensée de ce genre, accusée de vouloir se traduire en projet de loi? Qui sait même, et l'hypothèse ne paraîtra pas sans doute hasardée, qui sait si un coup de majorité, en renvoyant la pétition au ministre, n'eût pas fait à ce dernier une nécessité constitutionnelle de répondre, sous la pression de ses collègues anxieux, à cette malencontreuse témérité de son inférieur hiérarchique, par une révocation que le télégraphe sans doute n'eût pas portée assez vite au gré de l'opposition impatiente? Tout cela, nous le répétons, n'est que de l'histoire, ce n'est ni un vœu ni un regret ; mais cela conduit à constater que ce qui est possible et accepté dans un temps ne l'est pas dans un autre, et que la plus sûre mesure de la valeur d'une loi n'est pas le courant d'opinion qui règne au moment où elle est faite, mais bien sa valeur intrinsèque éprouvée par le temps.

C'est à cette mesure, uniquement, que nous voudrions voir apprécier la loi du 17 juillet 1856. Mais en attendant que cette appréciation puisse être complète et concluante, n'est-il pas naturel de tenir compte des interprétations qui, déjà, lui ont été données par la jurisprudence des Cours?

A notre sentiment, cette étude est un devoir aussi sacré que les intérêts délicats auxquels touche cette loi. En aucun temps, il n'est permis à la conscience publique de rester froide devant les droits qui se rattachent à la liberté, et, par conséquent, à la dignité de la personne humaine, à l'inviolabilité et à la sainteté du foyer domestique. En aucun temps l'indifférence sur de tels objets ne saurait être légitime. Il est des abdications de sentiments qui ne peuvent être avouées ni devant la con-

science privée, ni devant l'opinion, car l'une et l'autre auraient le droit de se croire calomniées par le cynisme d'un si triste aveu. On risque toujours de se tacher, même au contact des choses saintes, dès qu'on fait valoir, comme une grâce qu'on se donne, le tort qu'on a d'en faire litière.

Abordons donc avec un religieux respect les monuments de jurisprudence qui, en cette matière, ont interprété la loi nouvelle.

Plus d'un arrêt sans doute est intervenu sur la loi du 17 juillet 1856, depuis sa promulgation ; mais bien rarement ces arrêts ont été livrés à la publicité. Ce fait regrettable, à notre avis, nous le constatons ici, tout en en donnant l'explication bien naturelle. Ces arrêts émanaient des chambres d'accusation qui, comme on le sait, ne fonctionnent pas publiquement, et statuent sur des intérêts qui ne sont point, et, de leur nature, ne peuvent guère être l'objet de débats publics. Pour que les arrêts des chambres d'accusation tombent dans le domaine public de la discussion, il faut en général qu'ils soient révélés à tous par la publicité de la Cour de cassation. Mais bien rarement les incidents des instructions criminelles s'élèvent jusqu'aux honneurs de la discussion devant la Cour suprême, déjà assez occupée à maintenir le respect des formes judiciaires en tout ce qui touche aux débats de la Cour d'assises.

Ce vide forcé que laisse la jurisprudence, c'est à la doctrine à le combler autant qu'elle le pourra. C'est là un besoin qui sera senti sans doute, plus vivement encore que par tous autres, par les magistrats mêmes, dont la loi nouvelle a augmenté les attributions ; car, en étendant leurs pouvoirs, cette loi a accru aussi leurs devoirs avec leur responsabilité. Or, chez les magistrats, la conscience a des exigences qui se mesurent toujours aux obligations qui leur sont imposées. Plus celles-ci sont grandes, et plus avide est leur conscience des lumières qui peuvent l'éclairer.

Nous en appelons à cet égard au témoignage de tous les magistrats instructeurs. Il n'en est pas un seul, nous en sommes persuadé, qui, quels que fussent déjà son expérience et son savoir, n'ait éprouvé, à l'apparition de la loi du 17 juillet, ce que j'appellerai sans crainte un frémissement de conscience devant la responsabilité nouvelle que cette loi allait faire peser sur lui. Quel champ nouveau, en effet, allait lui être ouvert! Ce

n'est pas assez que la loi ait déjà rejeté sur lui seul le fardeau de toutes les investigations de la procédure et le soin de recueillir laborieusement tous les éléments de la vérité dans le témoignage des faits et des personnes, et, s'il est possible, dans la conscience même des prévenus. C'est à lui seul désormais, d'après la loi nouvelle, à apprécier, au point de vue du droit les réquisitions qui lui viennent du parquet, et à y faire droit sans aucun secours, suivant les lumières de son savoir personnel isolé de celles qu'il pouvait puiser auparavant dans la libre discussion de ses collègues, à la chambre du conseil. A lui seul aussi, à présent, incombe devant la Cour toute la responsabilité de la qualification des faits et des délits.

Nous ne disons rien, d'ailleurs, d'une autre sorte de responsabilité qui n'est jamais trop lourde, nous le savons, pour la conscience d'un magistrat, celle que font peser sur un seul tous les incidents de détention plus ou moins prolongée, et de mandats décernés. Toutes ces nécessités de l'instruction criminelle, souvent si mal appréciées par l'opinion du dehors, le juge, on le sait, n'a à en tenir compte que dans la mesure de ses devoirs, mais elles ont prise pourtant sur ses préoccupations, et ont droit à ses veilles. Nous avons une trop haute opinion de la magistrature française pour craindre un instant que la loi du 17 juillet n'ait pas trouvé partout des magistrats au niveau des devoirs que leur imposait cette institution nouvelle; mais nous croyons faire l'éloge mérité de la magistrature elle-même, et servir sa pensée, en disant que, sans doute, plus d'un magistrat instructeur n'aura pas accepté, sans une honorable et secrète inquiétude, cet héritage nouveau qui n'élève ses attributions qu'en le liant, par les liens d'une dépendance plus étroite encore, à des devoirs déjà si impérieux.

Mais parmi tous les pouvoirs que la loi nouvelle a placés désormais dans le domaine exclusif des juges d'instruction, il en est un surtout qui mérite une attention toute spéciale, car il touche à des intérêts bien délicats : nous voulons parler de la *liberté provisoire sous caution.*

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle ancien, cette faculté de demander la liberté provisoire avec caution n'était ouverte que devant la chambre du conseil sur laquelle, seule, pesait toute la responsabilité de cette mesure. Cet état de choses qui remontait à l'époque du premier empire n'avait point été

changé lors de la révision de notre Code pénal, en 1832.

A la responsabilité des mandats décernés dans le cours de l'instruction, le juge instructeur n'avait donc pas à ajouter la responsabilité d'une liberté provisoire accordée ou refusée. Il était couvert par la responsabilité collective de ses collègues, sauf les droits, bien légitimes, du parquet devant la Cour. Ce n'est pas le lieu, nous l'avons dit, d'examiner si c'était là un bien ou un mal, au point de vue des intérêts de la liberté individuelle et de ceux de la répression, et si, avec la loi nouvelle, on est en droit de penser, comme on le dit dans l'exposé des motifs, pour justifier cette loi, que les allures mêmes et la loyauté de nos mœurs, comme les sympathies secrètes de l'honneur magistral, n'inclinent pas plus naturellement vers un système qui attribue à chacun la responsabilité de ses œuvres personnelles. C'est là, à nos yeux, nous le répétons, une question de mœurs que le temps jugera seul. Qu'il nous suffise de rappeler que le système aujourd'hui condamné avait paru suffisamment énergique à un pouvoir, — le gouvernement de 1810, — que l'histoire ne suspectera jamais d'avoir abandonné les devoirs de la répression, ni usé de trop de ménagements envers les scrupules ou les faiblesses des mœurs et de l'opinion.

Eh bien! ce pouvoir du juge instructeur en matière de liberté provisoire sous caution, quelle en est la nature, quelle en est la durée, quelles en sont les limites, sous la loi du 17 juillet 1856? C'est là une question qui nous paraît offrir quelque intérêt.

Serait-il vrai qu'en dépouillant les chambres du conseil de leur compétence ancienne, la loi du 17 juillet 1856 ait étendu, en cette matière, les nouvelles attributions qu'elle conférait aux juges d'instruction au delà des limites dans lesquelles le Code de 1810 et celui de 1832 avaient renfermé déjà les chambres du conseil elles-mêmes?

Nous ne le croyons pas, et, nous l'avouerons, cette vérité était d'une telle évidence à nos yeux, que la pensée ne nous venait même pas qu'une Cour eût pu avoir été mise en mesure de la consacrer par un arrêt.

Comment, en effet, et pourquoi, dans quel intérêt d'ordre public ou privé, la loi de juillet 1856 aurait-elle, en isolant le juge d'instruction de ses collègues, étendu les pouvoirs dont

il héritait d'eux? N'eût-ce pas été dépasser le but tout spécial qu'on devait se proposer, et ajouter sans motif une innovation à une autre?

Hâtons-nous de le dire avec la Cour de Poitiers : Il n'y a rien, ni dans le texte de la loi du 17 juillet 1856, ni dans l'exposé des motifs de cette loi, ni dans le rapport qui en a été fait au corps législatif par M. Nogent Saint-Laurens, rien, absolument rien qui autorise une telle supposition. Que le juge instructeur, tant qu'il reste saisi de l'affaire par l'instruction même dont elle est l'objet, puisse connaître des demandes en liberté provisoire sous caution qui sont produites dans le cours de la procédure, rien de plus logique, rien de plus légitime. Il puise, dans sa compétence pour instruire l'affaire elle-même, le principe tout naturel de sa compétence pour connaître de tous les incidents qui se rattachent à cette affaire; et parmi ces incidents figurent les demandes en liberté que le juge saisi de l'instruction peut seul en effet apprécier en pleine connaissance de cause à cette phase de l'affaire, mais qu'au delà de cette période du procès, c'est-à-dire quand le juge instructeur s'est lui-même dessaisi déjà par une ordonnance qui a clos la procédure et renvoyé le tout devant la juridiction désignée par la loi pour la juger, ce magistrat reste encore compétent pour statuer sur une demande en liberté sous caution, voilà ce qu'on ne saurait admettre, ce nous semble, sans méconnaître toutes les notions jusqu'à ce jour reçues en droit criminel, sans bouleverser enfin toute l'économie de notre Code. C'est le juge saisi, en effet, qui, seul, peut être apte à apprécier s'il y a ou s'il n'y a pas convenance pour les intérêts de la justice à accorder ou à refuser la liberté provisoire qui est demandée. Lui seul a sous les yeux et dans les mains, avec la compétence sur le fond même, les éléments indispensables pour apprécier la justice et l'opportunité de cette mesure.

En retournant cette proposition en sens contraire, conçoit-on la position bizarre qui serait faite à une chambre d'accusation ou à un tribunal correctionnel qui, déjà saisis du fond de l'affaire par une ordonnance du juge d'instruction ayant déclaré la procédure close, ressaisiraient de nouveau ce magistrat de cette affaire pour faire vider par lui un incident de liberté provisoire? Conçoit-on ce magistrat, après sa juridiction épuisée, *ressaisi* de nouveau de l'affaire pour apprécier,

sous l'empire de circonstances nouvelles dont il ne peut avoir la clef, une face, nouvelle aussi, de l'affaire qui était déjà sortie de ses mains par une voie légale?

Ce serait là, nous oserons le dire, une anomalie que la loi du 17 juillet n'a point à se reprocher.

Ces principes ont été consacrés par la Cour de Poitiers dans un arrêt où nous les trouvons résumés avec une force et une netteté qui nous dispense de tout commentaire. Nous laisserons parler la Cour dans quelques *considérants* seulement de cet arrêt que les amis de la légalité et de la science seront sans doute heureux de connaître :

« Attendu que la loi du 17 juillet 1856, en conférant au juge » d'instruction les pouvoirs qu'avait la chambre du conseil, » ne les a pas étendus; que rien, dans l'exposé des motifs et » dans la discussion, ne dénote qu'elle ait voulu donner à ce » magistrat des attributions spéciales pour statuer, dans tous » les cas, sur les demandes en liberté provisoire avec caution; » qu'il n'y a eu d'autre changement fait au texte de l'arti- » cle 114 que la substitution des mots *juge d'instruction* aux » mots *chambre du conseil*;

» Attendu qu'il résulterait d'une interprétation contraire que » le juge d'instruction pourrait ordonner la mise en liberté pro- » visoire quand les débats seraient déjà commencés en police » correctionnelle, quand la Cour impériale serait saisie de » l'appel; qu'il deviendrait ainsi seul juge d'un incident qui se » serait élevé dans une instance engagée devant un autre juge, » ou devant un juge supérieur, incident qu'il faudrait apprécier » d'après tous les documents du procès, d'après ceux même » qui ont surgi depuis l'ordonnance de renvoi; qu'il pourrait, » par sa décision, soustraire à une justice supérieure un pré- » venu dont la détention préventive paraîtrait à cette juridic- » tion utile à la bonne administration de la justice;

» Attendu que le juge d'instruction des Sables-d'Olonne ayant » été dessaisi par l'arrêt de la Cour, il appartenait au tribunal » correctionnel de cette ville devant lequel N.... a été renvoyé » comme prévenu d'outrage public à la pudeur, de statuer sur » la demande de mise en liberté provisoire avec caution;

» La Cour... dit que c'est à tort et incompétemment que » N.... a saisi le juge d'instruction des Sables-d'Olonne de la » demande de mise en liberté provisoire avec caution, l'en

» déboute, et le renvoie à se pouvoir ainsi qu'il avisera.....»
(Poitiers, chambre d'accusation, 1er décembre 1856. Présidence de M. Lavaur, président de chambre.)

Comme on le voit, la Cour n'eût pas hésité à retenir la demande de mise en liberté qui lui était déférée, si elle eût été encore saisie du fond de l'affaire. Mais elle s'en était déjà dessaisie par un premier arrêt qui avait mis en accusation le prévenu pour attentat à la pudeur sur un enfant de moins de onze ans. Acquitté sur ce chef par le jury, le prévenu avait dû néanmoins garder prison pour faire vider par le tribunal correctionnel des Sables une prévention d'outrage public à la pudeur, à raison de laquelle le juge d'instruction des Sables, en renvoyant le prévenu devant la chambre d'accusation, avait ordonné son renvoi en police correctionnelle pour délit en cas d'acquittement aux assises sur le crime, avec maintien de son mandat de dépôt. Ce juge avait donc complétement épuisé sa juridiction à l'égard de ce prévenu. Il ne pouvait à aucun titre se *ressaisir* de cette affaire déjà sortie définitivement de ses mains, pour s'immiscer dans une demande en liberté provisoire que formulait le prévenu sorti de sa juridiction. Cette demande incidente ne pouvait appartenir qu'au tribunal correctionnel des Sables, saisi du fond même de la prévention qui restait à vider.

C'est ce que la Cour a jugé avec toute raison, en se déclarant incompétente comme l'était le juge d'instruction lui-même, et en renvoyant le prévenu à se pourvoir devant la seule juridiction qui, en l'état, pouvait, en effet, connaître de sa demande.

Ainsi, deux vérités précieuses que nous croyons utile de constater, sont consacrées par cet arrêt, bien digne, ce nous semble, de l'attention des juristes en présence de la loi aujourd'hui existante.

La première de ces vérités, c'est que la loi du 17 juillet 1856, en transférant aux juges d'instruction les pouvoirs des chambres du conseil, n'a pas étendu, en faveur de ces magistrats, les attributions de ces chambres.

La seconde vérité, plus spéciale, c'est qu'en matière de liberté provisoire sous caution, les juges d'instruction qui succèdent aux chambres du conseil ont des pouvoirs limités par leur compétence sur le fond même de l'affaire, et qu'une fois

dessaisis par l'ordonnance où ils ont reconnu que la procédure était close et complète, et qui a renvoyé le prévenu devant la juridiction compétente, ces magistrats n'ont plus qualité pour connaître d'une demande en liberté provisoire sous caution.

Ainsi interprétée et renfermée dans ces limites qui nous semblent être celles de la raison même et de la logique, la loi du 17 juillet 1856 garde au moins un mérite qui ne peut lui être contesté, celui de ne porter aucune atteinte regrettable à l'agencement et à l'harmonie du système pénal qu'elle a modifié sur un seul point. Conçue, comme nous l'avons dit, dans un ordre d'idées dont l'avenir seul révèlera l'erreur ou le mérite, après une expérience contraire d'un demi-siècle, c'est dans ces termes, nets et précis, que cette loi se présente à l'examen impartial des jurisconsultes. GIRARD DE VASSON.

DE LA PERTE DU PRIVILÉGE

ET DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE DU VENDEUR A DÉFAUT DE TRANSCRIPTION AU JOUR DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE LA FAILLITE DE L'ACHETEUR.

Par M. H. F. Rivière, docteur en droit, avocat à Dijon.

Un individu vend son immeuble en donnant un terme à l'acheteur. Celui-ci est déclaré en faillite après avoir été mis en possession. Le contrat de vente n'est pas transcrit au jour du jugement déclaratif. Le vendeur est-il de suite déchu et de son privilége et de l'action résolutoire? Sera-t-il obligé de ne venir dans la faillite que pour y recevoir un dividende presque toujours faible, en concours avec les autres créanciers de la masse? Conservera-t-il, au contraire, son privilége et son action résolutoire? Ou bien déchu de son privilége n'aura-t-il pas encore pendant un certain temps le droit d'exercer cette action?

Dans l'un des commentaires que j'ai publiés sur la loi du 23 mars 1855, j'ai enseigné que le privilége du vendeur, qui n'a pas été rendu public par l'inscription ou par la transcription

avant le jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur, était perdu, mais que le vendeur n'en conservait pas moins son droit de résolution, du moins tant que l'inscription de l'hypothèque accordée à la masse de la faillite par l'article 490 du Code de commerce ne serait point prise par les syndics. (Voy. *Questions sur la transcription*, nos 370-376.)

Cette opinion a été critiquée à des points de vue différents par M. Troplong et par M. Paul Pont.

M. Troplong professe, sous l'empire de la loi de 1855, comme il l'enseignait, d'après les règles du Code Napoléon, que le privilége du vendeur est éteint lorsqu'il n'a pas été rendu public avant le jugement déclaratif de la faillite (*Transcription*, n° 282; *Hypothèques*, n° 650). Mais M. Troplong veut que le vendeur perde aussi de suite son action résolutoire (*Transcription*, n° 295).

Pour soutenir l'opinion contraire sur ce dernier point, j'avais dit : « Lorsque la loi du 23 mars s'occupe de la publicité de l'action résolutoire, et lorsqu'elle décide que l'extinction du privilége entraîne la perte de cette action, elle n'envisage le droit de résolution que dans ses rapports avec les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur. Or, dans le cas de faillite, les créanciers n'acquièrent aucun droit réel sur l'immeuble vendu; créanciers chirographaires avant la faillite, ils restent tels après cet événement. » (*Questions*, n° 374.)

A cela M. Troplong répond que les créanciers ont évidemment ce droit que je leur refuse.

Quel est donc ce droit réel?

Dans son commentaire du titre des donations, le savant auteur, pour prouver que la transcription n'a aucune valeur lorsqu'elle est faite après le jugement déclaratif de la faillite, s'exprime ainsi : « Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens; ses créanciers les prennent dans l'état où ils sont; *ils en sont investis à titre de dation en payement*, et tout se trouve arrêté par leur mainmise. Le donataire viendrait donc dans un moment où les choses ne sont plus entières, s'il faisait transcrire après la faillite; *il ressemblerait à un donataire qui ferait transcrire quand le donateur a cessé d'être propriétaire de la chose par une vente.* » (N° 1162.)

J'avais pensé qu'il résultait de ce passage — et peut-être ne serai-je point seul de cet avis — que d'après la doctrine de

M. Troplong, la transcription de l'aliénation n'était plus possible après le jugement déclaratif, parce que le failli avait cessé d'être propriétaire, parce qu'il était dépouillé de sa propriété, par le jugement déclaratif, au profit des créanciers de la masse, qui en étaient investis à titre de dation en payement. — La réfutation de cette opinion n'était point difficile, et je disais : Cette proposition est en opposition avec les textes et les principes les plus certains du droit commercial en matière de faillite. L'article 443 du Code de commerce porte en effet : « Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'*administration de tous ses biens*... » — Il n'y a qu'un dessaisissement de l'administration et non pas un dépouillement de la propriété par suite de dation en payement. Le failli ne cesse point d'être propriétaire (*Questions*, n° 195).

M. Troplong en convient, car dans sa réponse à mes observations il dit : « Lorsque nous avons parlé de dation en payement, nous avons fait une comparaison, et rien de plus. Et comment nier la justesse de cette comparaison? Sans doute le débiteur reste propriétaire ; sans doute il n'est que dessaisi et non encore exproprié. » (*Transcription*, n° 148, p. 174.) — Je pourrais bien dire que la comparaison n'est pas exacte, car si les créanciers de la faillite sont investis à titre de *dation en payement*, il est évident que le failli ne reste point propriétaire, et, s'il conserve le droit de propriété, on ne peut point parler de dation en payement. — Mais voyons la pensée tout entière de M. Troplong : « Est-ce que la justice, poursuit-il, ne l'a (le failli) pas dessaisi pour que ses créanciers se payent sur cet actif exclusivement affecté à leur droit? Est-ce que, quoique propriétaire, il peut diminuer le gage que la justice a mis entre les mains des créanciers, et qui doit leur servir de payement?... Comment, en un mot, nier que les créanciers, de chirographaires qu'ils étaient auparavant, ont été investis d'un droit réel.» (*Transcription*, n° 149.)

Ce n'est donc plus une espèce de droit de propriété que M. Troplong accorde aux créanciers de la faillite, mais une sorte de droit de gage, ou, comme il le dit lui-même ailleurs, *un droit de saisine* (*Transcription*, n° 295, p. 338) ; et c'est ce droit de saisine qui suffit pour faire rentrer les créanciers chirographaires de la faillite dans la catégorie des tiers qui ont

acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, selon le vœu de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

Cette théorie me rappelle celle de l'envoi en possession que le préteur romain accordait aux créanciers qui avaient obtenu une condamnation, ou dont le débiteur était *confessus* ou *indefensus*, et qui voulaient arriver à la vente de ses biens. Après l'envoi en possession, les créanciers étaient réputés détenir à titre conservatoire, et le gage prétorien existait, en effet, à leur profit.

Ce ne sont point là les principes de notre législation commerciale. Voici simplement, si je ne me trompe, ce qui résulte du jugement déclaratif de la faillite : le failli est mis dans l'impuissance de rien faire au préjudice de ses créanciers en général, ni au détriment ou en faveur d'aucun d'eux en particulier. Ses créanciers sont saisis tout bonnement de l'administration des biens, qu'ils administrent, par l'organe des syndics, comme le curateur d'une succession vacante administre la masse des biens du défunt [1].

Mais jusque-là, les créanciers chirographaires de la faillite ne peuvent encore se prévaloir d'aucun droit réel. Il y a cependant un moment où un droit de cette nature vient se manifester, c'est lorsque les syndics prennent inscription sur les immeubles du failli au profit de la masse. Mais alors c'est une véritable hypothèque que la loi leur accorde, et non un droit qu'il serait impossible de préciser, si l'on adoptait la doctrine de M. Troplong.

C'est, du reste, un point sur lequel j'aurai à revenir plus loin, quand je répondrai à la critique de M. Paul Pont.

En un mot, jusqu'à l'inscription prise au nom de la masse par les syndics, les immeubles du failli ne sont affectés d'aucun droit réel au profit des créanciers chirographaires de la faillite, soit qu'on veuille baptiser ce droit du nom de *saisine*, soit qu'on prétende y voir une *espèce de droit de gage*.

Cela suffit pour répondre à un autre argument que M. Troplong invoque à l'appui de sa thèse : Le privilége et l'action résolutoire, dit le célèbre auteur, sont désormais solidaires. La clause résolutoire n'a d'énergie contre les tiers qu'autant qu'elle est publique, et elle n'est publique que par la publicité du pri-

[1] On peut consulter à cet égard le *Traité du contr. de commission*, de MM. Delamare et Lepoitvin, t. V, n° 96.

vilége lui-même. Donc, si le privilége est perdu, si par conséquent la publicité lui manque, l'action résolutoire ne doit pas être reçue.

Que M. Troplong tienne ce langage à l'égard des tiers ayant acquis du chef de l'acheteur, soit le droit de propriété, soit un de ses démembrements, je ne le contesterai pas ; je l'ai enseigné moi-même. (Voy. *Explication*, n°s 111 et suiv.) Mais ce raisonnement n'est plus admissible lorsqu'on se trouve en présence de personnes qui n'ont pas encore de droits réels sur l'immeuble, en présence de créanciers chirographaires. Ce n'est point pour eux que les dispositions de la loi du 23 mars, et notamment celles de l'article 7, ont été édictées.

M. Paul Pont n'adopte pas non plus la théorie de M. Troplong, et, pour la combattre, il donne à peu près les motifs que j'avais exposés : « La règle de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, dit-il, n'est pas absolue : le législateur y exprime que l'action résolutoire n'est perdue, par suite de l'extinction du privilége, que vis-à-vis des tiers, *qui ont acquis des droits sur l'immeuble, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver*. Or le jugement déclaratif de la faillite ne donne évidemment pas aux créanciers du failli ce *droit réel* qui leur permettrait de se poser comme des tiers dans le sens de la disposition précitée : les créanciers sont, après ce jugement, les ayants cause de l'acquéreur, ils tiennent tous leurs droits de lui, ils le représentent, et, par conséquent, ils n'ont contre l'action du vendeur d'autres moyens que ceux que l'acquéreur avait lui-même. » (Sur l'art. 2146, n° 904.)

Néanmoins M. Paul Pont n'accepte ni la doctrine de M. Troplong ni la nôtre. Selon cet estimable auteur, lors même que la vente n'est point transcrite au jour du jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur, le vendeur n'en conserve pas moins son privilége et son action résolutoire.

En outre, quand même on déciderait — ce que M. Paul Pont n'admet point — que la thèse qu'il cherche à établir et suivant laquelle le vendeur ne perd point son privilége à défaut de transcription, est fautive, il faudrait encore décider que l'action résolutoire serait recevable même après l'inscription prise au nom de la masse par les syndics, suivant les dispositions de l'article 490 du Code de commerce. (Voy. *loc. cit.*, n°s 903 et suiv.)

D'après la théorie de M. Paul Pont, le privilége du vendeur a ses conditions et son caractère propres, qui ne sont point modifiés par la disposition de l'art. 448 du Code de commerce. Ce privilége n'est que conçu, tant qu'il n'y a pas encore de transcription ; il ne naît qu'après l'accomplissement de cette formalité. Mais jusque-là, le vendeur n'a pas besoin de ce privilége, car il n'y a pas réellement de propriété transmise à l'égard des tiers. Il peut hypothéquer, vendre une seconde fois l'immeuble, et cela, aussi bien lorsque l'acheteur est déclaré en faillite que dans le cas où il resterait *integri statûs*. Or comment peut-on supposer, dit M. Pont, que le vendeur qui peut ainsi se procurer *indirectement* tous les effets de son privilége au moyen d'affectations hypothécaires ou d'aliénations qu'il pourrait consentir, lorsque la transcription n'est pas faite, n'ait pas le droit de s'assurer ou acquérir directement ce privilége au moyen de la transcription?

Tel est le premier et principal raisonnement de M. Paul Pont.

Avant d'y répondre, je ferai remarquer à M. Paul Pont une espèce de confusion, ou plutôt une inadvertance qui me semble exister dans sa discussion.

Au n° 902 de son commentaire de l'article 2146, M. Paul Pont fait l'hypothèse suivante : « Voici que j'aliène tout mon bien et le vends en viager, parce que les produits ordinaires ne suffisent pas aux besoins de ma vie. Mais *à peine en possession*, mon acquéreur est déclaré en faillite....., et parce que le contrat que j'ai fait avec lui n'était pas encore transcrit au moment où l'événement s'est produit, les créanciers de la faillite pourront me dire que mon bien est perdu pour moi ; que du moins il est désormais une portion de l'actif de la faillite..... »

Puis au n° 904 cet auteur s'explique ainsi : « Le vendeur peut demander une protection et une sécurité plus complètes aux principes de la loi en matière de privilége, au caractère même et à la nature de sa créance, à son droit, enfin, qui subsiste nonobstant la faillite de l'acquéreur, et lui permet, quand la vente n'est pas transcrite au moment où la faillite est déclarée, *soit de retenir sa chose*, dont, à défaut de transcription, il est resté propriétaire vis-à-vis des tiers..... Dans tout ce qui précède, nous avons supposé que la déclaration de faillite sur-

venue avant la transcription de la vente *a trouvé le failli toujours en possession* de l'immeuble [1]. »

Dès que M. Paul Pont suppose que le failli est en possession de l'immeuble par lui acquis, dès qu'il suppose que le vendeur a fait la délivrance, il est bien évident qu'il ne peut plus se prévaloir du droit de rétention. Je n'ai pas besoin d'insister. Ce n'est là qu'une pure distraction, qu'il suffira d'avoir signalée à l'esprit ordinairement si exact de M. Paul Pont, pour qu'il la fasse disparaître lors de la nouvelle édition de son excellent travail sur les priviléges et hypothèques.

Cette observation faite, je reviens au principal argument de M. Paul Pont.

J'en admets les prémisses, mais je ne puis en accepter les conséquences. Oui, tant que la transcription n'est pas effectuée, le vendeur malhonnête homme peut encore hypothéquer, vendre même une seconde fois l'immeuble, parce que l'acheteur n'a qu'une propriété relative, en d'autres termes, n'est point saisi à l'égard des tiers. C'est le principe de la loi nouvelle.

[1] *Note de M. Paul Pont.* — Nous complétons la citation en ajoutant ces mots qui se trouvent dans notre commentaire : « .....Mais il y a une autre hypothèse à prévoir, c'est celle où l'immeuble est sorti, par une revente, des mains du débiteur failli : nous nous expliquons là-dessus aux nos 909 et suiv. » Le lecteur voit par là que le passage auquel M. Rivière s'attache particulièrement, et qu'il oppose à quelques mots pris isolément dans notre dissertation, est étranger en quelque sorte à cette dissertation même, et n'a d'autre objet que de marquer une transition et d'indiquer qu'après l'hypothèse dont nous venons de nous occuper, celle où *le vendeur se trouve en présence des créanciers de son acquéreur failli*, il y a une autre hypothèse à prévoir, celle où le failli ayant revendu l'immeuble par lui acquis, son vendeur va se trouver en présence non plus des créanciers de la faillite, *mais d'un tiers acquéreur*. Ceci bien précisé, le lecteur, qui voudra suivre attentivement les développements de notre commentaire, ne se méprendra pas sur notre pensée, et nous doutons qu'à l'exemple de M. Rivière, il voie une confusion, une inadvertance ou une distraction dans cette proposition par nous émise (et que nous maintenons), que dans l'hypothèse où il est en présence des créanciers de son acquéreur failli, le vendeur peut, nonobstant la faillite, soit retenir sa chose dont, à défaut de transcription, il est resté propriétaire vis-à-vis des tiers, soit transcrire lui-même, et, par là, s'assurer son privilége auquel la transcription donne naissance en même temps qu'elle en procure la conservation. Nous ne voulons rien dire de plus aujourd'hui, nous réservant de revenir sur la question et d'exposer les raisons pour lesquelles nous maintenons la solution si éminemment équitable que nous avons soutenue, même après la réfutation dont quelques-uns de nos arguments sont ici l'objet. PAUL PONT.

Mais de ce qu'un homme de mauvaise foi peut concéder à des tiers des droits sur un immeuble qu'il a déjà vendu, il n'est, à mon sens, ni juste ni rationnel d'en tirer une conséquence quant aux droits qu'il peut avoir lui-même. Que les tiers puissent se prévaloir des droits qui leur seront conférés à l'encontre de l'acheteur qui n'a pas transcrit ou de ses créanciers, cela n'est point douteux : la loi l'a permis pour des motifs qu'il serait superflu de répéter ici; mais lorsque le vendeur viendra lui-même invoquer son privilége, l'article 448 du Code de commerce sera là avec toute l'énergie de sa disposition pour faire obstacle à l'efficacité d'une transcription tardivement effectuée.

Notons bien que la disposition de l'article 448 a été insérée dans le Code de commerce lors de la révision de 1838, et à une époque où une vive controverse existait dans la doctrine et la jurisprudence, sur le point de savoir si l'article 2146 du Code Napoléon était applicable au privilége du vendeur. La Cour de cassation se prononçait pour la déchéance du privilége (Req., 16 juillet 1818; Cass., 12 juillet 1824. — Dans le même sens, Pardessus, n° 1136; Troplong, *Hypoth.*, n° 650). Or les rédacteurs de la loi de 1838, qui sans aucun doute connaissaient cette difficulté, ont nécessairement compris ce même privilége dans la disposition de l'article 448. Le premier alinéa est, en effet, très-général : « Les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. » La loi ne distingue pas; aucune exception n'est faite en faveur du privilége du vendeur.

Aussi de graves auteurs qui, avant la loi de 1838 enseignaient que les dispositions de l'article 2146 du Code Napoléon ne devaient pas même être appliquées aux priviléges soumis à l'inscription, professent aujourd'hui une autre opinion. Ainsi, MM. Aubry et Rau disent : « La jurisprudence des Cours royales et de la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire quant au privilége du vendeur..... C'est cette jurisprudence que l'article 448 du Code de commerce nous paraît avoir eu pour objet de consacrer. » (Note 14, § 272, t. II, 2e édit.)

Cependant M. Paul Pont, pour repousser l'application de l'article 448, fait encore le raisonnement suivant : « La publicité du privilége du vendeur se produit, non pas par une inscription, mais par la transcription du contrat de vente. Or l'ar-

ticle 448 en prohibant, par exclusion, les inscriptions qui viendraient après la date du jugement déclaratif de faillite, établit une déchéance qui doit être limitée à son objet précis et déterminé, et, par cela même, ne peut être appliquée au privilége du vendeur qui naît et se conserve par une autre voie que celle de l'inscription. »

Quand même il ne serait pas déjà démontré que l'article 448 du Code de commerce s'applique au privilége du vendeur, ce second argument n'aurait pas une bien grande force, car, quoi qu'en dise M. Paul Pont, dès que la transcription vaut inscription pour le vendeur créancier du prix, dès que la transcription suffit pour avertir le public, conserver le privilége du vendeur et lui donner effet, il est bien difficile d'admettre que l'article 448 n'a pas trait à ce privilége, parce qu'il ne parle que d'inscription, et non de transcription. Je comprends très-bien qu'on ne puisse invoquer la disposition de l'article 448 lorsqu'il s'agit des effets propres de la transcription (V. *Questions*, n° 193); mais quand la transcription doit produire les effets mêmes de l'inscription et pourrait être remplacée, quant à ces effets, par l'inscription, l'interprétation qui se cramponne à un mot ne m'inspire aucune confiance.

Je crois donc que l'opinion, généralement admise, suivant laquelle le privilége du vendeur est éteint à défaut de transcription au jour du jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur, est la meilleure et la plus facile à défendre *sur le terrain du droit et de la loi.*

Maintenant, il me reste à répondre à la critique que M. Paul Pont a dirigée spécialement contre l'opinion que j'ai adoptée au sujet de l'action résolutoire.

Selon M. Paul Pont, en admettant que le privilége du vendeur soit perdu, l'action résolutoire serait conservée, et elle le serait malgré l'inscription de l'hypothèque prise par les syndics dans les termes de l'article 490 du Code de commerce.

Si M. Paul Pont reconnaissait dans la disposition de cet article la création d'une hypothèque en faveur de la masse de la faillite, il est probable qu'il n'hésiterait pas à refuser au vendeur l'exercice de l'action résolutoire après l'inscription de cette hypothèque. Mais M. Paul Pont ne peut point partager cette opinion.

L'hypothèque dont parle l'article 490 n'est pas, suivant ce

jurisconsulte, une véritable hypothèque; elle n'est ni conventionnelle, ni judiciaire, ni légale; de sorte que l'inscription prise par les syndics n'est qu'un moyen de publicité ajouté aux autres moyens organisés par le Code de commerce pour faire connaître l'incapacité du failli.

Cette opinion, qui était déjà enseignée par plusieurs auteurs et même consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation, sous l'empire du Code de commerce et avant la révision de 1838, peut difficilement se soutenir aujourd'hui.

Écartons d'abord le raisonnement qui consiste à dire que l'hypothèque n'est ni conventionnelle, ni judiciaire, ni légale; il est bien évident que l'hypothèque conférée par l'article 490 est *légale*, si elle est accordée par la *loi*, lors même qu'elle ne jouirait pas des prérogatives attachées à d'autres hypothèques légales. Or l'article 517 du Code de commerce porte formellement que l'homologation du concordat conservera à chacun des créanciers sur les immeubles du failli l'HYPOTHÈQUE *inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'article* 490. Et ce n'est point seulement le *mot* qui se trouve dans les dispositions de la loi, la *chose* y est aussi. Il était, en effet, utile, dans le système du Code sur la faillite, d'accorder aux créanciers de la masse une hypothèque qui, une fois inscrite, serait opposable aux inscriptions des tiers qui n'ont pas contracté avec le failli personnellement, et qui pourraient survenir après le jugement déclaratif.

M. Paul Pont prétend cependant que parce que l'art. 517 parle encore d'une inscription (l'inscription du jugement d'homologation) pour conserver l'hypothèque à chacun des créanciers, il en résulte que la loi n'imprime pas à l'hypothèque que les syndics ont déjà dû inscrire le caractère d'une véritable hypothèque. Cette inscription, dit-il, serait inutile, et aurait été remplacée par une simple mention à l'effet d'individualiser les créanciers, si l'hypothèque était déjà inscrite au nom de la masse. — La réponse est encore ici facile. Les droits étaient *collectifs*, *indéterminés*, quand les syndics ont pris inscription en vertu de l'article 490; après le concordat, l'inscription prescrite par l'article 517 révélera aux tiers des droits désormais *individualisés*, *précisés*, *limités*. Une seconde inscription, celle du jugement d'homologation, était donc nécessaire.

Du reste, la Cour de cassation, qui dans des espèces réso-

lues par les règles du Code de commerce, avant la révision de 1838, consacrait l'opinion adoptée par M. Paul Pont (Req., 22 juin 1841), décide, au contraire, aujourd'hui, que l'inscription prise dans les termes de l'article 490 n'a pas seulement pour objet de donner une plus grande publicité à la faillite, mais bien de protéger les droits hypothécaires de la masse des créanciers. *C'est*, dit la Cour, *ce qui résulte de l'article* 517 *nouveau Code de commerce, aux termes duquel l'homologation du concordat conserve à chacun des créanciers sur les immeubles du failli l'hypothèque inscrite en vertu de l'article* 490 *du Code de commerce* (Req., 29 décembre 1858).

Cette jurisprudence récente de la Cour régulatrice ne fait que me confirmer dans l'opinion que j'avais émise, et me fortifie dans la conviction que la doctrine de M. Paul Pont, qui accorderait au vendeur déchu de son privilége l'exercice de l'action résolutoire, même après l'inscription de l'hypothèque au profit de la masse, n'est point conforme aux principes résultant des dispositions combinées du Code de commerce et de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

En résumé, après le jugement déclaratif, lorsque l'acte de vente n'a pas été transcrit, le vendeur est déchu de son privilége : c'est ce qui résulte de la disposition générale de l'article 448 du Code de commerce; mais l'action résolutoire subsiste tant que les immeubles du failli ne sont pas affectés du droit d'hypothèque accordée à la masse, par suite de l'inscription prescrite aux syndics (art. 7, L. 23 mars 1855, et art. 490 C. comm.).

Cette solution respecte les dispositions de la loi, et accorde au moins au vendeur un certain temps pour user de la dernière ressource que la loi lui offre dans l'exercice de l'action résolutoire.

Je sais qu'il est difficile de combattre avec succès deux autorités aussi graves que celles de MM. Troplong et Paul Pont; mais quand des adversaires sont divisés, la lutte est moins inégale et le triomphe plus facile. H. F. RIVIÈRE.

DU JURY ET DU CARACTÈRE GÉNÉRAL DE SES ATTRIBUTIONS.

Par M. Th. Bazot, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Gien (Loiret).

> Le peuple n'est pas jurisconsulte; il faut lui présenter à juger un seul objet, un fait, *un seul fait*.
> (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI, ch. 4.)

PREMIER ARTICLE.

Les Cours d'assises présentent, dans notre organisation judiciaire, de frappantes particularités : leur composition n'est pas la moins remarquable. Dans cette juridiction supérieure on rencontre, en effet, un élément qu'on ne trouve pas dans les tribunaux inférieurs : de simples citoyens investis d'une mission temporaire, et chargés de concourir avec la magistrature ordinaire à la répression des crimes. Les fonctions des uns et des autres ne sont pas confondues; chacun agit dans sa sphère avec des attributions distinctes, et de ce système le législateur attend une meilleure justice.

Il ne nous appartient pas de prononcer sur le mérite de cette institution : pour porter un jugement aussi grave, il faudrait une expérience et une autorité qui nous manquent. Notre but est plus modeste; après avoir constaté dans la procédure criminelle l'intervention de ces *juges nouveaux* qu'on appelle des jurés, nous voulons rechercher le caractère général de leurs attributions, et fixer, si cela est possible, la limite de leur compétence.

Il est à peine besoin de montrer l'intérêt pratique de cette question : les arrêts des Cours d'assises sont basés sur les déclarations du jury; celles-ci sont en quelque sorte des prémisses dont les arrêts font sortir les conséquences pénales.

Il suit de cette étroite connexité que le vice qui atteint les premières réagit immédiatement sur les seconds. Il importe donc à la stabilité des décisions judiciaires de déterminer exactement l'étendue des pouvoirs du jury; la connaissance en est également nécessaire au président des assises pour arrêter la position des *questions*, au ministère public et au défenseur pour en faire la critique s'il y a lieu, à la Cour d'assises pour la

maintenir ou la modifier. Aussi M. Bourguignon a-t-il pu dire : « Cette question est de la plus haute importance, puisqu'elle » tient à l'essence même de l'institution du jury, et qu'elle tend » à déterminer la ligne qui doit séparer les fonctions des juges » inamovibles de celles des jurés. »

Ces considérations préliminaires sont de nature à assurer l'intérêt du lecteur ; il nous reste à faire voir que nous n'abuserons pas de sa bienveillante attention en la fixant sur une difficulté chimérique. Un rapide aperçu de la doctrine et de la jurisprudence suffira.

Il est une sorte d'axiome qui a pris possession de l'esprit de certains auteurs, et qui est aussi affirmé par la jurisprudence, c'est que les jurés sont des juges *du fait*, et les magistrats des juges du *droit*. C'est là une première opinion qui semble au moins avoir cet avantage de tracer nettement la ligne de démarcation ; mais nous verrons, en examinant de près les solutions consacrées par les arrêts, que sa précision est plus apparente que réelle, plus dans les mots que dans les choses. Faudra-t-il, en présence de cette déception, déserter le principe, ou bien accuser seulement la logique de ceux qui l'ont professé? Nous aurons plus tard à nous prononcer sur ce point.

D'autres criminalistes, et parmi eux MM. Bourguignon et Cubain, sans s'inscrire en faux contre la maxime que nous avons rapportée, lui font cependant subir une importante déviation. Suivant ces honorables commentateurs, les jurés doivent apprécier non-seulement la matérialité du fait et l'intention qui y a présidé, mais encore *sa criminalité*. Pour ces auteurs, la séparation des pouvoirs entre la Cour et le jury est ailleurs : les jurés prononcent sur la matérialité du fait, son imputabilité et son caractère criminel ; la Cour prononce la peine. Voilà une deuxième opinion, et l'on voit à quelle distance elle nous place de la première.

Entre ces deux opinions absolues, M. Dalloz propose un système intermédiaire: il distingue dans les infractions pénales celles qui sont définies par la loi et celles qui ne le sont pas. A l'égard des premières, il peut s'élever une double question : 1° le fait est-il constant, est-il volontaire? celle-là est *purement de fait* et de la compétence exclusive du jury ; 2° le fait a-t-il les caractères indiqués par la loi? celle-ci est de *droit* et de la compétence exclusive de la Cour. Mais à l'égard des secondes,

le point de savoir, en l'absence de toute définition, si tel ou tel fait présente le crime ou le délit qui a été prévu par la loi est *nécessairement une question de fait* que la conscience seule du jury est appelée à résoudre. Cette opinion est la troisième; elle procède des deux autres, empruntant à chacune une partie de ses conclusions, mais cependant elle n'est ni l'une ni l'autre, et doit être classée à part.

Enfin M. Rauter propose une distinction différente, et, pour mieux l'indiquer, nous citerons ses propres paroles : « Si le » crime à vérifier par le jury consiste dans un fait *purement* » *naturel*, c'est-à-dire dont les éléments existent indépen- » damment de la loi positive (comme, par exemple, un meur- » tre), la vérification de l'accusation lui appartient exclusi- » vement; sinon, il ne doit, quant au fait, vérifier que ses » éléments matériels. Ainsi le crime de faux en effets de com- » merce étant un fait mixte, puisque la loi en a arbitrairement, » c'est-à-dire sans égard au sens naturel des mots, réglé plu- » sieurs éléments constitutifs, le jury ne doit en vérifier que » les éléments matériels indiqués par la loi, soit comme consti- » tutifs du délit, soit comme faisant la matière d'élémens légaux » déterminés par elle, et la Cour doit apprécier si aux éléments » que le jury déclare exister s'applique le caractère du faux » en effets de commerce dans le sens de la loi. » Cette opinion est la quatrième et la dernière.

La question que nous avons posée offre donc un double intérêt : celui d'une importance pratique réelle et celui d'une controverse sérieuse. Nous allons en demander la solution à la législation antérieure, aux textes du Code d'instruction criminelle, à un examen réfléchi de la doctrine et de la jurisprudence.

Les auteurs qui ont traité du jury ont fait généralement l'historique de cette institution; ces investigations pouvaient convenir au plan de leurs ouvrages, mais ici elles ne seraient qu'un hors-d'œuvre. Voulant en effet établir une thèse particulière, nous devons écarter tous les développements qui ne nous mèneraient pas directement à notre but; or, sur le point spécial qui nous préoccupe, c'est en vain qu'on demanderait des lumières à l'histoire. Les origines mêmes du jury sont vivement débattues; cette institution est-elle une importation anglaise, ou bien n'est-elle qu'un emprunt fait au régime féodal, rajeuni

et accommodé aux besoins de notre société moderne? Question grave et sur laquelle les auteurs sont loin d'être fixés; nous nous verrions donc ainsi arrêtés au début. Aussi, sans chercher à résoudre ce problème historique, nous étudierons l'institution du jury au moment où elle commence à fonctionner régulièrement. Établie par la loi du 16 septembre 1791, elle passe dans le Code du 3 brumaire an IV pour y recevoir un développement plus complet; et, en suivant cette filière, elle arrive ainsi dans notre Code d'instruction criminelle.

Avant d'entrer dans le détail des textes et d'examiner la loi écrite, embrassons d'un coup d'œil d'ensemble le système de la loi. Le législateur, avons-nous dit, a composé les Cours d'assises de deux éléments empruntés, l'un au pays, l'autre à la magistrature, et les a appelés tous les deux à concourir à une œuvre commune : la répression des crimes. Cette organisation présentait un premier danger : ces deux pouvoirs parallèles étaient exposés à se rencontrer si la loi n'avait eu soin, en assignant à chacun d'eux des attributions différentes, de les contenir dans de justes limites. Comment s'est faite cette répartition? Je remarque d'abord qu'elle ne pouvait se faire raisonnablement qu'en consultant les aptitudes particulières de chacun; cette vérité ne saurait être mieux exprimée qu'elle ne l'a été dans un arrêt de la Cour de Metz, dont nous citerons les termes : « S'il était naturel de confier l'appréciation du fait, » c'est-à-dire une opération simple, qui n'exige que les lu- » mières de la raison commune et les inspirations d'une con- » science honnête, à des citoyens désignés par le sort dans » l'élite de la société, il ne l'était pas moins de réserver l'ap- » préciation du droit qui présente souvent des questions ardues » et qui exige des connaissances spéciales, aux magistrats qui » sont précisément institués pour faire de l'étude et de l'ap- » plication des lois leur profession habituelle. »

Ces idées si rationnelles ont-elles été adoptées par le législateur? On pourrait le supposer; mais ne nous en tenons pas à une simple présomption.

Les Codes de 1791 et du 3 brumaire an IV, dans le but de faciliter la tâche des jurés, imposaient au président des assises le devoir de décomposer la question principale en plusieurs questions, dont chacune ne devait présenter qu'une idée simple, unique, indépendante de toute autre. Ainsi, dans une accusation

de meurtre, quatre questions devaient être posées au jury : 1° Tel fait est-il constant? 2° A-t-il été commis par l'accusé? 3° L'a-t-il été volontairement? 4° L'a-t-il été avec l'intention de nuire?

Je ne sais si je m'abuse, mais je vois dans ces précautions prises par la législation antérieure, un argument d'une très-grande force ; à cette époque, au moins, le jury n'était jamais appelé à résoudre une question de droit. Admettra-t-on, en effet, que les rédacteurs du Code de brumaire, à qui nous voyons prendre des garanties si minutieuses contre l'inexpérience des jurés, alors qu'il s'agit seulement de la constatation d'un point de fait, leur aient confié l'examen bien autrement difficile d'une question de droit? En tout cas, ils ne s'en seraient pas remis sur ce point à leur prudence, et à bien plus forte raison on verrait éclater ici un système de défiance assurément bien justifié. Le silence des lois de 1791 et de l'an IV me paraît donc significatif.

Mais il y a mieux : un principe fondamental est écrit non-seulement dans les Codes de 1791 et de l'an IV, mais encore dans l'acte constitutionnel : c'est qu'il ne doit être posé au jury *aucune question complexe*. Or de deux choses l'une : ou bien dans les quatre questions que nous rapportions tout à l'heure, il n'est jamais fait allusion au droit, et alors il est évident que les jurés n'ont pas à répondre à une question qui ne leur est pas posée ; ou bien dans l'une de ces questions il y aurait une idée inplicite portant sur la *qualification légale*, et alors l'article 374 du Code de brumaire an IV serait en flagrante contradiction avec l'article 377 du même Code et l'article 250 de la Constitution. Cette antinomie n'est pas supposable, car le législateur décomposant l'objet de l'accusation dans toutes ses parties, n'aurait pas omis une circonstance aussi importante que celle qui se réfère au caractère légal de l'acte reproché à l'accusé. Il aurait ajouté à celles que nous connaissons déjà une cinquième question portant sur ce chef.

Du reste, si l'on consulte l'économie générale des Codes de 1791 et de brumaire an IV, cette division des pouvoirs entre les jurés et les magistrats (les premiers appelés à statuer sur le fait, les seconds sur le droit) se manifeste d'une manière éclatante. Que l'on porte son attention sur les articles 20, 24, 29 du titre VII du Code de 1791, 2 et 6 du titre VIII du même

Code, que l'on étudie avec le même soin les articles 372, 374, 378, 389, 391, 392 et 431 du Code du 3 brumaire an IV, on verra, soit par les termes de l'instruction adressée aux jurés, soit par la teneur des questions qui lui sont posées, soit par le mode de leur délibération et la formule de leur déclaration, soit enfin par les débats qui peuvent naître de leur déclaration même, que le jury ne décide que des points de fait. Cette théorie, qui semble si souvent indiquée par les expressions dont le législateur se sert, se dessine bien plus nettement lorsque l'on fait de tous ces textes un faisceau, et qu'on y cherche la pensée générale d'un système arrêté.

Les législations antérieures au Code d'instruction criminelle ont beaucoup influé sur notre droit actuel; à l'égard du jury, notamment, cette influence a été telle que nous retrouverons, en 1808, cette institution avec les règles précédemment établies par les Codes de 1791 et de l'an IV. Ne quittons donc pas l'étude de cette législation avant d'en avoir tiré tous les éclaircissements qu'elle peut nous fournir.

Il y avait autrefois, non-seulement un *jury de jugement* comme aujourd'hui, mais encore un *jury d'accusation*. C'étaient, du reste, les mêmes hommes qui composaient les jurys d'accusation et les jurys de jugement. Prévenons toute équivoque : Je ne veux pas dire que les jurés d'accusation étaient plus tard appelés à former le jury de jugement dans la même affaire; je veux dire seulement que jurés d'accusation et jurés de jugement se recrutaient de la même manière, qu'ils étaient désignés par le sort sur des listes générales et communes, et que les uns et les autres étaient de simples citoyens appelés à prendre part à l'action de la justice dans une certaine mesure et sous la direction de la magistrature. Laissons donc un moment de côté les jurés de jugement pour porter plus particulièrement notre attention sur les jurés d'accusation : par ceux-ci, nous serons peut-être mis à même de mieux connaître les autres.

En 1791, le jury d'accusation présentait déjà, dans sa composition, cette dualité qu'on devait remarquer plus tard au sein des Cours d'assises; de simples citoyens et un membre du tribunal de district chargé de présider les premiers sous le nom de *directeur du jury*. Pour que cette institution pût fonctionner avec régularité, il avait fallu répartir entre chacun des attribu-

tions différentes; comment s'était fait ce partage? Voici, à cet égard, une analyse rapide des dispositions de la loi du 16 septembre :

L'article 5 est ainsi conçu : « *Aucun acte d'accusation ne » pourra être présenté au jury que pour un délit emportant peine » afflictive ou infamante.* » Le directeur du jury est chargé de faire cette appréciation; s'il pense que l'affaire est de nature à être soumise aux jurés, il dresse un acte d'accusation (art. 7); s'il est d'un avis contraire, le tribunal assemblé par ses soins dans les vingt-quatre heures prononcera sur la question, après avoir entendu le commissaire du roi (art. 6). Lorsque le directeur du jury, trouvant dans un fait qui lui est soumis le caractère d'un crime, aura dressé acte d'accusation, il devra, avant de passer outre, en donner communication au commissaire du roi; celui-ci devra exprimer son adhésion par ces mots : *la loi autorise*, et son dissentiment par cette formule : *la loi défend*. Dans ce dernier cas, la question pourra être portée au tribunal du district qui prononcera dans les vingt-quatre heures (art. 18). L'affaire arrive après ces préliminaires devant les jurés; le directeur leur fait prêter serment, puis il leur expose avec clarté les fonctions qu'ils ont à remplir. Les pièces de la procédure sont lues, les témoins et la partie plaignante sont entendus de vive voix, enfin le directeur du jury se retire, et les jurés délibèrent (art. 18, 19 et 20). Après leur délibération, le chef du jury, suivant que l'accusation est admise ou rejetée, met au bas de l'acte cette formule : *il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu* (art. 21).

Ces diverses dispositions ont, à mon avis, le mérite d'être fort claires; l'appréciation du point de droit, c'est-à-dire du caractère légal de l'accusation, appartient, dans une mesure différente, au directeur du jury, au commissaire du roi et au tribunal de district. Quant aux jurés, ils ont pour mission, ainsi que le prouve l'enquête sommaire qui a lieu devant eux, de reconnaître *en fait* s'il s'élève contre l'accusé des présomptions suffisantes pour autoriser sa mise en jugement.

Les jurés n'ont même pas une plénitude d'appréciation à l'égard des questions de fait; c'est ici le lieu de mettre en relief une restriction importante qu'on trouve dans le Code de 1791. Ce système de la séparation du fait et du droit avait pour but de livrer à l'appréciation du jury des actes appartenant

plus ou moins à la vie ordinaire et présentant une immoralité simple; mais il est, dans le nombre des infractions pénales, des crimes qui revêtent un caractère spécial et qui se prêtent moins facilement à cette décomposition. C'était là une difficulté sérieuse; fallait-il cependant charger les jurés de cette appréciation délicate et par exception leur donner à décider une question pour la solution de laquelle ils n'avaient pas les lumières suffisantes? Le législateur s'en est bien gardé, et, plus sage peut-être en 1791 qu'en 1808, il a institué pour ce cas des jurés spéciaux (tit. 12, art. 1 et suiv.). Il importe de remarquer que les jurés spéciaux n'avaient pas de pouvoirs plus étendus que les jurés ordinaires; c'étaient des hommes à connaissances spéciales, mais non des jurisconsultes. Aussi n'avaient-ils, pas plus que les jurés ordinaires, à vérifier que les éléments matériels du crime, la qualification étant examinée préalablement par les magistrats. Après avoir indiqué le mode de formation des jurys spéciaux, le législateur énonce formellement dans l'article 10 l'empire de la règle générale : « *Dans tout le reste de la procédure on se conformera aux règles établies par les titres précédents.* »

Le Code du 3 brumaire an IV maintint le jury d'accusation sur les bases organisées par la loi du 16 septembre 1791. Nous omettrons de retracer l'analyse des textes pour nous arrêter à quelques observations plus importantes; ainsi, dans la série des articles 217 et suivants, nous retrouvons le directeur du jury investi des mêmes attributions préliminaires. Il doit examiner attentivement la compétence, et pour cela apprécier la *qualification légale des faits qui lui sont soumis.* Si, après cet examen, il trouve que le fait présente seulement le caractère d'un *délit*, il renverra au tribunal de police correctionnelle; si le fait ne lui paraît offrir que les éléments d'une simple contravention, il saisira le tribunal de simple police en cassant le mandat d'arrêt (art. 219).

Ce travail préparatoire doit toujours être accompli avant la convocation du jury d'accusation, et la question ne peut arriver à ce dernier qu'après avoir été dépouillée de toute difficulté théorique. Le système du législateur de l'an IV est donc absolument le même que celui du législateur de 1791. Il y a mieux : le Code du 3 brumaire an IV n'indique pas seulement le partage d'attribution que je signale par l'économie générale de ses

dispositions, il l'exprime formellement dans deux articles, dont il est bon de rapporter les termes :

Art. 241. « Ils (les jurés) n'ont pas le droit d'examiner si le » délit porté dans l'acte d'accusation mérite peine afflictive ou » infamante. »

Art. 242. « Réciproquement le directeur du jury n'a pas le » droit d'examiner si, dans une procédure faite par un officier » de police judiciaire relativement à un délit emportant par sa » nature peine afflictive ou infamante, les circonstances et les » preuves sont ou non assez graves pour déterminer une accu- » sation, et il ne peut, sous ce prétexte, refuser de dresser un » acte d'accusation. »

Peut-il donc désormais rester quelque doute? Quand nous cherchions la pensée du législateur dans l'économie générale de son œuvre nous risquions de nous tromper, mais voici que dans deux dispositions dont la clarté n'échappe à personne, il prend soin de la formuler lui-même : nous touchons à l'évidence. Remarquons avant de passer à d'autres développements, que ces deux articles ne sont pas rapprochés pour le besoin de la discussion, ils se suivent et se complètent l'un par l'autre : si les pouvoirs des jurés n'avaient pas été suffisamment précisés par l'article 241, l'article 242 qui marque ceux du directeur du jury ferait disparaître, s'il en était besoin, toute équivoque.

Enfin l'organisation de 1791 est reproduite si fidèlement par le Code de brumaire an IV que nous retrouvons à cette dernière époque, pour une certaine catégorie d'infractions, l'institution des jurés spéciaux. Dans le Code de l'an IV elle a le même sens que dans celui de 1791 ; l'article 518 est ainsi conçu : « Pour for- » mer le jury spécial d'accusation, le commissaire du pouvoir » exécutif près le directeur du jury choisit seize citoyens *ayant* » *les qualités et connaissances nécessaires pour prononcer saine-* » *ment et avec impartialité sur le genre du délit.* »

En résumé, les jurés n'ont pouvoir que pour apprécier les éléments matériels des délits : encore, sous ce rapport même, leur compétence trouve-t-elle une limitation dans l'institution des jurés spéciaux.

Cette étude que nous venons de faire des Codes de 1791 et du 3 brumaire an IV n'était pas inutile, car voici la conclusion importante à laquelle elle nous amène :

J'ai posé au début la question de savoir quels étaient les

pouvoirs du jury en matière criminelle? Pour arriver à la solution de ce problème, j'ai jeté un coup d'œil rapide sur les lois qui ont fondé en France l'institution du jury : qu'y ai-je vu? Qu'à cette époque le législateur plus confiant dans cette magistrature populaire qu'on ne l'est aujourd'hui, lui avait conféré des attributions plus étendues, en l'appelant à décider d'abord l'accusation et ensuite à prononcer définitivement par jugement. J'ai pu remarquer aussi que, pendant l'exercice temporaire de cette judicature, le jury était placé sous la direction et le contrôle de la magistrature titulaire. M'attachant plus spécialement à l'étude du jury d'accusation, j'ai acquis la preuve que les citoyens appelés à le composer n'avaient à exprimer leur opinion que sur des *points de fait*, jamais sur des *points de droit*. Maintenant appréciant les pouvoirs du jury de jugement par ceux du jury d'accusation, je prétends que le premier, pas plus que le second, n'a compétence pour prononcer sur la *qualification légale* des faits. S'étonnera-t-on de cette conséquence? on aurait tort; composant le jury de jugement et le jury d'accusation par un tirage au sort opéré sur des listes générales, le législateur devait attendre de l'un et de l'autre la même aptitude, et il ne pouvait confier à l'un l'examen d'une question jugée trop difficile pour l'autre. La distinction ne serait donc pas raisonnable à ce point de vue; elle serait bien plus choquante à un autre. Comprendrait-on, en effet, que le législateur ait refusé de confier une appréciation juridique à des jurés, alors qu'il s'agissait seulement de la *mise en jugement*, et qu'il l'eût fait sans hésitation, alors qu'il s'agissait de prononcer définitivement sur la liberté, la vie peut-être d'un accusé!

Voilà l'état des législations antérieures; arrivons maintenant au Code d'instruction criminelle.

Aujourd'hui sans doute l'institution du jury est modifiée au point de vue administratif; les listes sont dressées sur des bases qui offrent plus de garanties à la société, et, autant que cela est possible, les jurés sont choisis dans l'élite du pays. Mais l'institution n'a pas changé de caractère et nos Cours d'assises présentent encore l'image de la justice criminelle rendue par de simples citoyens sous la direction de la magistrature. Presque toutes les dispositions du Code de brumaire an IV ont survécu dans le Code de 1808; dès lors une présomption s'élève sur la question qui nous occupe : c'est que les attributions

du jury sont les mêmes qu'autrefois, la même pensée ayant dû présider à une même organisation. Si maintenant nous examinons de plus près notre législation actuelle, loin de trouver des dispositions qui indiquent quelque changement à cet égard, nous serons frappé au contraire de certaines autres modifications qui feront de cette présomption une véritable certitude.

Nous avons vu que sous l'empire des législations de 1791 et de l'an IV, les questions adressées au jury étaient décomposées en questions distinctes sur la matérialité du fait, sa moralité, sa nocuité et enfin sur la personne de l'accusé. Aujourd'hui, comprenant ces divers éléments dans une rédaction unique, le président des assises ne pose au jury qu'une seule question sur le fait principal et se borne à leur demander *si l'accusé est coupable de l'avoir commis.*

Ce changement ne saurait passer inaperçu : prenons soin d'en rechercher les motifs. Or si l'on consulte les travaux préparatoires, on verra que cette décomposition a été abandonnée parce qu'elle présentait un caractère presque scientifique. Quelle différence y a-t-il entre la *volonté criminelle* et l'*intention de nuire?* C'est là une nuance qu'apercevront des hommes versés dans la terminologie juridique, habitués à l'analyse des termes du droit, mais qui échappera bien certainement à la masse des jurés. Voilà pourquoi le Code d'instruction criminelle a prescrit une nouvelle formule : mais alors cette observation vient singulièrement à l'appui de la théorie générale que nous avons présentée. Les défiances, à l'endroit du jury, loin de diminuer ne font que s'accroître; le législateur de 1808 cherche un système plus simple que celui de ses devanciers. Tous ses efforts tendent, si je puis ainsi parler, à mettre les questions *à la portée de tout le monde.* En conclurons nous que le jury est appelé aujourd'hui à décider des questions de droit alors que les législations antérieures lui en avaient refusé l'examen?

Une modification plus importante (je n'hésite pas à dire une amélioration) se remarque dans le Code d'instruction criminelle : les juges d'accusation sont remplacés par les chambres d'accusation des Cours impériales (C. Instr. crim. art. 217 et suivants). Demandons à M. Treilhard[1] les raisons de ce chan-

[1] Il importe de remarquer qu'en 1808, alors que l'institution du jury était en question, M. Treilhard était au nombre des orateurs qui la défendaient.

gement : « Nous ne pouvons le dissimuler, disait cet orateur, » le jury d'accusation tel qu'il existe n'a pas répondu aux es- » pérances qu'on avait conçues de cet établissement..... les » mêmes hommes qui, témoins d'une instruction complète » donnent un bon résultat de leur profonde conviction, ne sont » pas toujours aussi propres à décider sur un premier aperçu.... » le jury de jugement manifeste ce qu'il sent fortement d'après » une connaissance entière du fait ; le jury d'accusation au con- » traire doit raisonner d'après ce qu'il connaît pour former une » présomption sur ce qui est encore inconnu ; ce calcul étonne » des hommes qui n'y sont pas encore exercés. »

Ainsi le doute n'est plus possible : voilà de la part du législateur de 1808 un système parfaitement arrêté. Des questions qui se subordonnent et établissent des gradations successives, c'est là une complication pour des jurés ; elle est écartée. Le président des assises adoptera une rédaction simple et vulgaire. Faire une distinction entre la poursuite et le jugement, se montrer moins exigeant dans le premier cas que dans le second, apprécier la distance légale qui sépare une *présomption* d'une *preuve*, c'est là une mission trop délicate pour être confiée à des jurés ; le Code d'instruction criminelle charge de cette appréciation des magistrats. Admettons-nous donc que les jurés, c'est-à-dire les mêmes hommes, soient plus tard appelés à la solution définitive du problème, alors que des conséquences pénales de la plus haute gravité seront attachées à leur décision ?

Ces considérations historiques me semblent jeter une vive lumière sur la question que j'examine : qu'on me permette de résumer en quelques mots les développements auxquels je viens de me livrer. Prenant l'institution du jury au moment où elle s'introduit dans notre législation, j'ai porté mes investigations sur les Codes de 1791 et du 8 brumaire an IV. Examinant ces deux législations dans leur ensemble et dans leur détail, j'y ai vu un partage d'attributions très-nettement indiqué entre la magistrature et le jury : à la première, la solution des questions de droit, au second la décision des questions de fait. L'esprit de la loi, son texte m'ont semblé concorder pour établir cette théorie. J'en ai induit un grave préjugé pour l'appréciation de notre législation contemporaine : cette induction vient de se fortifier par l'examen des généralités du Code d'instruction cri-

minelle. L'organisation de l'an IV a été fidèlement recueillie dans ses parties essentielles par les législateurs de 1808 : il était raisonnable de présumer que les idées étaient restées les mêmes. Cette présomption s'est puissamment accrue lorsque je me suis attaché à rechercher les motifs qui avaient amené certaines modifications. J'ai prouvé, avec des citations empruntées aux sources authentiques, qu'elles n'avaient eu d'autre cause que l'inexpérience du jury et le désir de simplifier sa tâche : ce n'est pas là assurément une raison d'étendre sa compétence.

Si je continuais mon exposition, j'aborderais maintenant l'examen des textes pour démontrer que la pensée générale que j'ai cru découvrir dans notre législation criminelle n'est pas démentie par les diverses dispositions du Code d'instruction criminelle. Mais au point où je suis arrêté, je rencontre enfin les auteurs et la jurisprudence et je préfère établir contradictoirement avec eux cette dernière partie de ma démonstration. Cette discussion aura de plus l'avantage de m'éviter des redites.

Parmi les quatre opinions que j'ai signalées au début de cette dissertation, la première, on se le rappelle, pose cette maxime : les jurés sont des juges du fait, les magistrats des juges du droit. Je me trouve donc jusqu'ici d'accord avec elle : il est vrai que j'aurai à la combattre sous d'autres rapports, mais le moment n'est pas venu et je me borne à faire mes réserves. Je suis au contraire en complet dissentiment avec la seconde, *malgré les apparences.* Je laisserai donc provisoirement de côté la première opinion pour m'attacher à la discussion de la seconde.

Et d'abord expliquons l'équivoque à laquelle je viens de faire allusion : MM. Bourguignon et Cubain, on s'en souvient, soutiennent que les jurés ont qualité pour apprécier la *qualification légale* du fait reproché à l'accusé. Cette appréciation constitue-t-elle un *point de droit?* MM. Bourguignon et Cubain, en se prononçant pour la négative, proclament cependant le principe de la séparation du fait et du droit, et par cette réponse ils semblent devenir nos alliés, non nos adversaires. Ces honorables auteurs sont-ils donc contre nous ou avec nous? Il importe d'être fixé.

Donnons la parole à M. Bourguignon pour exposer son sys-

tème ; cet auteur s'exprime ainsi dans une dissertation ajoutée au tome II de son ouvrage : « Et d'abord, je conviens du prin-
» cipe que les jugements en point de fait sont de la compétence
» du jury, tandis que les jugements en point de droit sont ré-
» servés aux magistrats ; c'est en cela principalement que con-
» siste la distinction entre les juges du fait et les juges du
» droit ; distinction qui est de l'essence même du jury qui
» existait à Rome dans les beaux jours de la République comme
» elle existe encore aujourd'hui en Angleterre et dans les États-
» Unis ; distinction sans laquelle l'institution du jury ne peut
» se concevoir..... Toute la difficulté se trouve donc réduite à
» bien distinguer les *questions de fait* qui sont de la compé-
» tence du jury, des *pures questions de droit* réservées aux
» magistrats, et à savoir si la question qui tend à caractériser
» le délit, c'est-à-dire à déclarer que tel fait constitue un tel
» délit, fait partie du point de fait ou du point de droit. »

Après avoir ainsi posé la difficulté M. Bourguignon invoque la définition donnée par divers interprètes du droit romain, rappelle les paroles prononcées par Tronchet à l'assemblée constituante le 29 avril 1790, puis il continue en ces termes : « En nous fixant à ces définitions précises, il est aisé
» de voir que toutes les questions relatives à l'*application* des
» lois pénales (lorsque les faits se trouvent déclarés et caracté-
» risés par le jury) sont de pures questions de droit. Il en est
» de même des questions relatives à la *prescription* des crimes
» parce que c'est la loi qui règle cette sorte de prescription.
» Mais il n'en est pas de même des questions tendant à carac-
» tériser les délits ; quand même ces questions présenteraient
» quelquefois un mélange de fait et de droit, elles ne pour-
» raient cependant jamais donner lieu qu'à un *jugement de*
» *fait ;* car caractériser un délit n'est-ce pas décider que les
» circonstances du fait suffisent pour constituer un tel délit ?
» Pour porter une pareille décision ne faut-il pas apprécier et
» juger toutes les circonstances du fait ? Apprécier et juger des
» circonstances de fait, n'est-ce pas rendre un jugement de fait ?
» On ne peut en disconvenir sans s'écarter de la double défi-
» nition des jurisconsultes précitée, suivant laquelle un juge-
» ment n'est censé rendu *en plein droit,* que lorsqu'il décide
» une question de coutume ou d'ordonnance tellement indé-
» pendante des circonstances du fait qu'il puisse s'appliquer à

» tous les cas semblables; tandis que si le jugement ne peut » avoir d'application qu'aux parties et à la circonstance dans » laquelle elles se trouvent, quoiqu'il soit fondé sur une loi, » il ne peut-être considéré que comme jugement de fait. »

Après cette argumentation M. Bourguignon conclut : « Si donc les questions tendant à caractériser le délit ne peuvent donner lieu qu'à des *jugements en point de fait*, j'en tire la conséquence qu'elles ne doivent être soumises qu'aux juges du fait ou jurés. »

M. Cubain résume la même théorie quand il dit: «Tout procès « criminel présente une question de *pur droit*, c'est celle qui » est relative à l'application de la peine. Cette question qui se » détache parfaitement de la question de fait, est du domaine » exclusif de la Cour. C'est sous ce point de vue qu'on dit que » la Cour est juge du droit, et c'est par opposition seulement » que l'on dit que c'est le jury qui décide la question de fait, » quoique la question soumise au jury soit souvent une ques- » tion mixte. »

Maintenant que je les ai entendus, je n'hésite pas à reconnaître MM. Bourguignon et Cubain pour des adversaires; c'est en vain qu'ils proclament tous les deux la maxime que les jurés sont juges du fait et les magistrats juges du droit, l'interprétation qu'ils lui donnent, en fait un principe sans portée, une distinction chimérique. En effet, dans tout procès criminel, il s'élève deux questions : 1° le fait existe-t-il imputable à l'accusé? 2° a-t-il les caractères de tel ou tel crime? MM. Bourguignon et Cubain livrent cette appréciation tout entière au jury : je prétends qu'en lui faisant décider le deuxième point ils l'appellent à statuer sur une question de droit. Prouvons-le :

Je ne veux pas me créer le mérite facile d'une critique victorieuse en relevant dans la théorie de M. Bourguignon des inexactitudes et des contradictions qui n'auront pas échappé au lecteur, je vais plus directement à mon but. Aux termes mêmes des définitions invoquées par cet estimable criminaliste, une question de droit est celle qui porte sur l'application d'une loi indépendamment de toute circonstance de fait. Telle serait la question générale de savoir ce que c'est qu'un vol, un faux, un viol, etc. Or quand, dans une accusation de vol, de faux ou de viol, MM. Bourguignon et Cubain veulent que le jury examine si les faits reprochés à l'accusé constituent un vol, un faux ou un

viol, n'est-il pas évident qu'ils le rendent juge d'un point de droit? N'est-ce pas en effet lui poser une question complexe et en réalité lui poser, dans une seule, une double question : 1° une question de pur droit : quelles sont les conditions constitutives du vol, du faux et du viol? 2° une question mixte : les faits reprochés à l'accusé présentent-ils ces caractères? Voilà une indissolubilité plus réelle que celle qui est signalée par M. Cubain : on ne comprendrait pas en effet que des jurés pussent répondre à la deuxième question s'ils n'ont les moyens de résoudre la première. Disons donc que l'appréciation de la qualification légale constitue l'appréciation d'un point de droit, et, sans insister sur une vérité démontrée, plaçons-la sous le patronage de la Cour de cassation. Dans un arrêt de la Cour suprême du 27 juin 1828, on lit ce considérant qui est ici d'une application manifeste : « Attendu que si les chambres d'accusation sont investies du droit de prononcer d'une manière irréfragable sur l'existence matérielle des faits et sur leur moralité, il n'en est pas de même de leur appréciation légale et du caractère qu'elles leur donnent; *que, sous ce dernier rapport, elles décident véritablement des questions de droit.* »

C'est en vain que MM. Bourguignon et Cubain cherchent à échapper à cette conséquence : dans leur système, il n'est plus vrai de dire que les jurés sont juges du fait et les magistrats juges du droit, et, si on veut le suivre, il faut renoncer à cette maxime traditionnelle de notre législation pénale.

Cette opinion est assez neuve pour qu'on lui demande ses preuves ; elle est assez contraire aux données historiques pour que nous ayons le droit de les demander puissantes et décisives.

M. Bourguignon qui a consacré à cette question des développements étendus, emprunte cependant son premier argument à l'histoire : il invoque la législation de l'ancienne Rome et de l'Angleterre. Mais c'est chercher et trop haut et trop loin ses analogies : peut-on en effet comparer nos jurés à ces citoyens romains qu'on avait jugés assez versés dans la connaissance des lois pour leur confier le jugement des affaires civiles? Quant à la législation anglaise, si elle confie aux jurés l'appréciation de la criminalité de l'acte, elle a placé le remède à côté du mal en permettant à ces jurés de rendre un verdict spécial et de déférer le point de droit aux magistrats. En admettant que les ré-

dacteurs du Code d'instruction criminelle aient pris cette législation pour modèle, il est permis de penser qu'ils auraient aussi apporté à l'omnipotence du jury le même tempérament. Au lieu de poursuivre des analogies aussi contestables, et de chercher des rapprochements avec des législations étrangères, ne vaut-il pas mieux consulter une législation contemporaine et nationale? Or nous avons fait ce travail et nous savons quelle conclusion il nous a fournie. Les Codes de 1791 et de l'an IV avaient pris soin de séparer le fait et le droit : nous avons démontré que le Code de 1808 descendait en ligne directe de notre législation intermédiaire, qu'importent dès lors les principes différents écrits dans la législation de Rome et de l'Angleterre? L'opinion de MM. Bourguignon et Cubain est donc contraire à la vérité historique.

M. Bourguignon prétend trouver pour son système un nouvel appui dans les travaux préparatoires ; il insiste avec force sur les paroles prononcées par l'Empereur dans la séance du 30 janvier 1808. Le chef du gouvernement disait alors : « En faisant déclarer par le jury que l'accusé est coupable ou » n'est pas coupable d'un fait réputé criminel par le Code pé- » nal, faut-il laisser les juges qualifier le crime, prononcer si » c'est un vol, un parricide ou un assassinat? *Voilà certes ce* » *que personne ne veut.* »

L'Empereur avait sans doute un admirable génie, il avait surtout le don merveilleux de tout comprendre et de deviner ce qu'il n'avait pas appris, mais enfin on peut reconnaître, sans que sa gloire en soit diminuée, qu'il n'avait pas eu le temps de devenir jurisconsulte. Les paroles qu'il a prononcées au Conseil d'État prouveraient donc au plus une opinion personnelle, et, si considérable que fût l'autorité de l'orateur, elles ne suffiraient pas à briser la tradition. Mais l'argument de M. Bourguignon révèle une fois de plus le danger des citations isolées, car, dans l'analyse rapide que nous allons faire des délibérations du Conseil d'État, nous aurons l'occasion de relever des paroles de l'Empereur qui impliquent une théorie opposée à celle du criminaliste que nous combattons. Nous ne fondrons pas toutefois notre réfutation sur ces lambeaux détachés, mais sur l'ensemble même des délibérations et sur l'esprit qu'elles révèlent.

Le Conseil d'État fut saisi le 16 prairial an XII des questions suivantes : l'institution du jury sera-t-elle conservée? y aura-

t-il un jury d'accusation et un jury de jugement? comment seront nommés les jurés, dans quelle classe seront-ils nommés, qui les nommera? L'instruction sera-t-elle purement orale, ou partie orale et partie écrite? La discussion s'ouvrit : M. Siméon attaqua l'institution du jury, et MM. Portalis, Bigot-Préameneu Boulay, Dupuy lui prêtèrent le secours de leur talent et de leur autorité. D'autres orateurs non moins habiles et non moins recommandables combattirent cette opinion : c'étaient MM. Treilhard, Berlier, Regnaud, Béranger, Cretet, Defermon, Frochot. Nous ne citerons rien des discours des premiers puisque leur opinion n'a pas prévalu, mais nous emprunterons quelques citations aux seconds. Or voici les raisons par lesquelles on demandait le maintien du jury : « Quand la procédure est » bien faite et qu'on l'a environnée de tous les éclaircissements » dont la cause est susceptible, faut-il autre chose que de la » droiture et du bon sens pour prononcer si l'accusé est coupa- » ble ou non? Voilà la délégation faite aux jurés et elle ne sau- » rait excéder leurs lumières : *la séparation du fait et du droit* » *met chaque chose à sa place.* » L'Empereur résuma la délibération en disant qu'on avait allégué des raisons très-fortes pour et contre l'institution des jurés, que cependant il admettait le jury s'il était possible de parvenir à le bien composer. Le Conseil adopta en principe que l'institution du jury serait conservée.

Le 1er brumaire an XIII la discussion se renouvela et aboutit à la même résolution. Durant le cours de ces débats l'Empereur prit la parole et dit entre autres choses : « *que pour prononcer sur un fait*, il ne faut que le sixième sens c'est-à-dire la » conscience. »

Le travail relatif au projet du Code fut suspendu pendant quatre ans, et, lors de la reprise de ce travail, la question du jury fut encore soulevée dans la séance du 30 janvier 1808. Dans cette occasion les véritables principes furent encore professés par M. Berlier l'un des plus chauds partisans du jury ; cet orateur disait : « ceux qui veulent des juges qui prononcent en même temps *sur le fait et sur le droit* tendent à » établir, sans le vouloir peut-être, le système des preuves » légales. »

Le Conseil d'État adopta une troisième fois en principe que le jury serait conservé. Cette séance ne fut pas la dernière et

le 6 février 1808 l'existence du jury fut encore mise en question. C'était la dernière épreuve à laquelle cette institution devait être en butte; elle triompha de toutes les attaques. On comprend l'intérêt qui s'attache à cette discussion finale : elle contient la pensée définitive du législateur de 1808, il importe de la saisir exactement. Laissons M. Jaubert livrer à l'institution du jury un dernier combat, et donnons toute notre attention à la réponse de l'Empereur. « N'est-ce pas, dit-il, donner » trop aux tribunaux que de les constituer tout à la fois *juges* » *du droit et juges du fait?* ne doit-on pas craindre aussi que » l'habitude ne les endurcisse? Il est possible de *tout concilier*. » On ne saurait douter qu'un juge qui aurait le pouvoir de pro- » noncer tout à la fois sur le droit et sur le fait ne fût trop » puissant. Le législateur doit se défier des passions et ne met- » tre entre les mains de personne le moyen de satisfaire des » ressentiments personnels. Cette réflexion suffit pour *séparer* » *les deux ministères. La distinction entre les juges du fait et* » *les juges du droit est, au surplus, dans la nature des choses.* »

La discussion tirait à sa fin; M. Bigot-Préameneu présente une dernière objection fondée sur les inconvénients de la séparation du fait et du droit qui forcerait le législateur à essayer une chose impossible : la définition de tous les crimes. M. Berlier clôt la discussion par cette réflexion : « Si le fait et » le droit se confondent si essentiellement qu'il soit presque » toujours impossible de les diviser, comment la pratique n'a- » t-elle pas éclairé plus tôt sur cette impossibilité? Toutes les » fois que les magistrats chargés de diriger l'instruction ont eu » la sagacité que requiert un pareil ministère, la séparation du » fait et du droit se fait facilement. » La lutte était finie, l'institution du jury passa dans notre Code d'instruction criminelle.

Le second argument de M. Bourguignon n'est donc pas plus heureux que le premier; il me semble même qu'il se retourne quelque peu contre lui. Ce système de la séparation du fait et du droit si nettement indiqué dans les Codes de 1791 et de l'an IV, trouve un nouvel appui dans les travaux préparatoires qui ont précédé la rédaction du Code d'instruction criminelle. Il a pour lui l'autorité imposante de l'empereur; dans chacune des délibérations que nous avons analysées, nous l'avons vu successivement affirmé par chacun des orateurs qui ont plaidé

la cause du jury. Au sein du Conseil d'État, on se préoccupait étrangement (cette préoccupation était même celle de l'empereur) de la puissance que conférerait aux tribunaux le pouvoir de prononcer, en matière criminelle, tout à la fois sur le fait et sur le droit; il semble même, tant elle a été reproduite, que cette considération ait été décisive. Est-ce donc que le législateur si soucieux d'empêcher *ce pouvoir énorme* (l'expression appartient à M. Berlier) n'aurait réussi qu'à le déplacer? Tel serait pourtant le résultat de l'opinion de MM. Bourguignon et Cubain; il est impossible de se trouver en plus complète contradiction avec l'esprit du législateur que ne le sont ces deux commentateurs.

On aura après cela le droit de s'étonner que M. Bourguignon prétende étayer son opinion de certains textes du Code d'instruction criminelle. Est-il possible que la lettre soit à ce point contraire à l'esprit de la loi? Mais voyons sans rien préjuger.

Notre auteur s'exprime ainsi à la page 565 : « A la suite de » cette discussion si souvent reprise, si longtemps méditée » (celle qui eut lieu aux séances du Conseil d'État précitées), » furent définitivement arrêtés les articles 337, 338, 339, » 340, 342, 345 du Code d'instruction, dont les dispositions ne » sont certainement pas équivoques.

» L'article 337 veut que la question générale, qui doit être » soumise au jury, soit conçue ainsi : *l'accusé est-il coupable* » *d'avoir commis* TEL VOL, TEL MEURTRE, *ou* TEL AUTRE CRIME *avec* » *toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte* » *d'accusation?* En rapprochant de cet article la disposition fi- » nale de l'article 241 portant que « l'acte d'accusation sera » terminé par le résumé suivant : *en conséquence N. est accusé* » *d'avoir commis* TEL MEURTRE, TEL VOL *ou* TEL AUTRE CRIME *avec* » *telle ou telle circonstance?* il s'ensuit bien évidemment que la » question générale doit comprendre *l'accusation tout entière.* »

» Les questions spéciales qui doivent être proposées dans » les cas des articles 338, 339, 340 sont celles-ci : *l'accusé a-t-* » *il commis* LE CRIME *avec telle ou telle circonstance?* TEL FAIT » *est-il constant? L'accusé a-t-il agi* AVEC DISCERNEMENT? »

» L'instruction insérée dans l'article 342 est terminée par » cette phrase : « *La mission des jurés n'a pas pour objet la* » *poursuite ni la punition des délits* (cette première partie de la » phrase détermine les attributions réservées aux juges ina-

» movibles, la poursuite et la punition), *ils ne sont appelés que* » *pour décider si l'accusé est ou non coupable du* CRIME QU'ON LUI » IMPUTE (cette dernière partie précise les attributions des » jurés). »

» Enfin si les jurés sont convaincus de la culpabilité de l'ac- » cusé, ils doivent, aux termes de l'article 345, déclarer for- » mellement *que l'accusé est coupable d'avoir commis* LE CRIME » *avec telle circonstance.*

» Il résulte très-évidemment de ces dispositions précises et » formelles, rédigées d'après le plus mûr examen et la discus- » sion la plus approfondie, que l'intention du législateur a bien » été d'attribuer au jury toutes les questions de fait qui com- » prennent *l'appréciation*, la *criminalité* des faits, et de ne ré- » server aux magitrats que la *direction des débats et l'applica-* » *tion de la loi pénale.* »

Rien de plus fragile que cette argumentation; quant à l'article 345, il n'existe plus; l'article 342 contient un mot sans portée dont le législateur s'est servi uniquement pour varier l'expression de sa pensée; la formule de l'article 339 sert de réponse à celle de l'article 338. Reste donc l'art. 337 combiné avec l'article 241, mais c'est aux principes enseignés par M. Bourguignon que j'emprunterai ma réponse à l'objection qu'il a fondée sur le rapprochement de ces deux dispositions.

Notre auteur, en effet, a dit au tome II de son ouvrage, page 75 : « La formule indiquée par cet article (l'art. 337) » n'est point de rigueur. Le président peut diviser les ques- » tions et les spécifier avec plus de clarté; il suffit que les » questions portent sur des faits compris dans l'acte d'accusa- » tion ou sur des circonstances résultant des débats; le Code » n'a prescrit, pour les poser, aucune forme à la violation ou à » l'omission de laquelle il ait attaché la peine de la nullité. » Qu'importent dès lors les expressions soulignées par M. Bourguignon dans cet article 337 puisqu'elles n'ont rien de sacramentel, et que cette formule est simplement indicative?

J'ai combattu victorieusement, je l'espère, l'opinion de M. Bourguignon; je crois même avoir été assez heureux pour avoir trouvé, dans l'examen de chacune de ses objections, l'occasion de fortifier mon propre système. Sur le terrain où l'honorable criminaliste a placé en dernier lieu la question, je rencontre quelques arguments nouveaux que je ne dois pas

négliger. Examinons, en effet, pour notre propre avantage, plusieurs textes du Code d'instruction criminelle :

Aux termes des articles 217 et suivants, le jury d'accusation est remplacé par une chambre des mises en accusation composée de magistrats. C'est ici le lieu de reproduire avec plus de précision un argument déjà présenté. A cette phase de la procédure, deux questions distinctes naîtront dans chaque affaire : 1° le fait est-il qualifié crime par la loi? 2° Existe-t-il contre l'accusé des indices suffisants?

L'article 221 est ainsi conçu : *Hors le cas prévu par l'article précédent, les juges examineront s'il existe contre le prévenu des preuves ou des indices* D'UN FAIT QUALIFIÉ CRIME PAR LA LOI, *et si ces preuves ou indices sont assez graves pour que la mise en accusation soit prononcée.*

Le jury d'accusation n'était pas appelé autrefois à statuer sur la première question : le Code d'instruction criminelle supprime l'institution et lui enlève même la solution de la question de fait parce qu'elle se présente à ce moment-là avec un *caractère interlocutoire* dont les jurés n'apprécieraient pas facilement la nature. (Il ne s'agissait cependant que de la mise en accusation.)

La procédure marche, on arrive au moment du jugement, alors et nécessairement les deux questions primordiales se reproduiront : 1° le fait existe-t-il, l'accusé est-il coupable de l'avoir commis? 2° Ce fait constitue-t-il un crime? Je demande s'il serait raisonnable de penser que ces hommes jugés tout à l'heure incapables, non-seulement de prononcer sur le droit mais encore sur de simples indices de fait, alors qu'il ne s'agissait que de maintenir ou d'ordonner un emprisonnement préventif, ont été appelés ensuite à des appréciations identiques alors que la liberté, la vie peut-être des citoyens peuvent en dépendre !

Puisque nous faisons maintenant un examen détaillé des textes, faisons remarquer la différence de la rédaction de l'article 221 avec les articles 336, 337, 338, 339, 340, 342, 344, 345 et tant d'autres. Dans le premier de ces articles on dit que les chambres d'accusation auront à vérifier si le fait constitue un *crime qualifié par la loi ;* dans tous les autres on ne parle que de l'examen de purs faits. Les termes ont été employés avec discernement.

Arrêtons un moment notre attention sur l'article 339; il signale en des termes non équivoques le partage d'attributions que nous avons indiqué. S'agit-il de poser une question d'excuse, le président d'abord, la Cour ensuite en cas de contestation examineront la question de droit, c'est-à-dire la conformité du fait allégué, avec le texte de la loi; ce préalable vidé, les jurés statueront sur la question de fait qui devra être ainsi rédigée : TEL FAIT est-il *constant?* Comment donc M. Bourguignon avait-il songé à viser cette disposition qui condamne si formellement son système?

L'article 342 confirme les idées que nous avons émises : dans une magnifique instruction adressée aux jurés, le législateur leur recommande de tenir fermé le livre de la loi et de puiser leur résolution au fond de leur conscience; recommandation qui, si elle est bonne pour tout le monde dans sa dernière partie, serait bien singulière dans la première, en tant qu'elle s'adresserait à des hommes appelés à décider des questions de droit et à déterminer le sens et la portée de dispositions pénales.

Les articles 362 et 363 cadrent merveilleusement avec notre théorie : l'accusé a été déclaré coupable par le jury, la matérialité et la moralité ou plutôt l'immoralité du fait sont constatés. Mais ce fait tombe-t-il sous l'application des lois pénales dont le ministère public a requis l'application? De nouveaux débats peuvent s'ouvrir, et la Cour seule est chargée d'apprécier. Voilà un système convenablement agencé, et qui deviendra déraisonnable si on comprend autrement la compétence du jury. Les jurés, dit-on, ont le droit d'examiner la nature criminelle du fait, soit; mais alors, lorsque leur décision est intervenue, il y a chose jugée et l'accusé doit courber la tête. Ira-t-on jusque-là? logiquement il le faudrait, et alors que fera-t-on de l'article 363? MM. Bourguignon et Cubain prétendraient-ils expliquer cette disposition en disant : dans notre système l'article 363 conserve son sens naturel et il a une immense importance; l'accusé pourra contester l'aggravation de la récidive, invoquer le principe du non-cumul des peines, élever une question de prescription, etc., etc.? Cette explication serait insuffisante : quoi qu'ils fassent, l'article 363 est incompatible avec leur opinion. Il importe en effet d'en peser tous les termes : *l'accusé ni son conseil ne pourront plus plaider* QUE LE

FAIT EST FAUX; pourquoi? parce qu'il y a chose jugée sur ce point. Mais l'article continue : l'accusé ou son conseil pourront plaider *que le fait* N'EST PAS DÉFENDU *ou* QUALIFIÉ DÉLIT PAR LA LOI *ou qu'il ne mérite pas la peine dont le procureur général a requis l'application ou qu'il n'emporte pas de dommages-intérêts au profit de la partie civile ou enfin que celle-ci élève trop haut les dommages intérêts qui lui sont dus.* Si l'accusé ou son conseil peuvent plaider que le fait *n'est pas défendu ou qualifié délit par la loi,* c'est donc qu'il n'y a pas de CHOSE JUGÉE SUR CE POINT et que par conséquent le jury n'a pas apprécié la QUALIFICATION LÉGALE. Après m'être interrogé de bonne foi, je n'ai pas trouvé de réponse possible à cet argument.

Cette séparation du fait et du droit si expressément indiquée par l'article 363 est un principe si essentiel de notre législation criminelle qu'il se retrouve dans une législation spéciale où il n'a plus le même intérêt [1]. Dans le décret d'organisation du 19 août 1854, les articles 11 et 12 prescrivent aux Cours d'assises d'Algérie de résoudre *séparément* et *distinctement* les questions de fait et les questions de droit. Cette règle a été maintenue avec une constante inflexibilité par la Cour suprême qui a toujours cassé les arrêts qui l'avaient méconnue.

A l'égard de l'opinion de MM. Bourguignon et Cubain, il ne me reste plus qu'à conclure : je la repousse parce qu'elle est en contradiction avec la tradition historique, parce qu'elle est contraire au texte et à l'esprit du Code d'instruction criminelle. Du reste si cette opinion a trouvé dans Bourguignon un partisan convaincu, elle n'a pas inspiré la même confiance à M. Cubain qui s'exprime ainsi en terminant sa discussion : « Toutefois en présence de la jurisprudence qui est aujourd'hui consacrée et *des avantages qu'elle présente,* la seule conclusion que nous voulions tirer des observations qui précèdent, c'est que le Code d'instruction criminelle laisse beaucoup à désirer sous le rapport de la délimitation des diverses fonctions qui se trouvent en concours lorsqu'il s'agit de justice criminelle. »

TH. BAZOT.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] On sait que le jury n'existe pas en Algérie.

BIBLIOGRAPHIE.

DES DISPOSITIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX,

Envisagées des points de vue du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code Napoléon; par M. Armand Bonnet, conseiller à la Cour impériale de Poitiers. Tome I. — Paris, Auguste Durand, éditeur.

Compte rendu par M. A. Ancelot, docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

La magistrature française vient de donner à la science du droit deux gages éclatants de son dévouement studieux. Il y a moins d'une année, c'était un président de chambre à la Cour de Limoges, M. Larombière, qui, sans se laisser décourager par d'illustres précédents, publiait sa *Théorie et pratique des obligations*, vaste commentaire de la plus vitale partie du droit civil. Aujourd'hui c'est un conseiller de Poitiers, M. Bonnet, qui entreprend de fouiller dans ses profondeurs une matière déjà scrutée par plus d'un grand maître. Mais qui pourrait se flatter d'avoir épuisé tous les filons? Émanation traditionnelle de notre ancien droit, resserrée par notre Code dans vingt articles trop énigmatiques, liée au grand intérêt social de la constitution des familles, cette matière méritait assurément les honneurs d'une de ces monographies étendues qui peuvent seules embrasser toutes les ramifications d'un tel sujet. Nul champ plus large et plus fécond ne s'ouvrait d'ailleurs aux expériences de l'école historique, dont l'auteur est un disciple fervent. « Loin de lui la folle prétention de faire mieux que ses » devanciers, mais il fera autrement, » nous dit sa modeste préface. C'est ainsi qu'il a espéré *donner un peu d'attrait à une étude aride.*

Un tel monument voulait un portique qui en préparât l'accès et mît le lecteur au triple point de vue où l'auteur s'est placé lui-même : *celui du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code Napoléon.* Tout d'abord il nous fait jeter, dans l'*Introduction*, un rapide regard sur l'horizon social. C'est ici que la philosophie du droit devait avoir le premier

rang. Si l'histoire raconte et explique, la philosophie examine et juge. Celle-ci domine celle-là comme les principes dominent les faits. Nous sommes heureux de reconnaître et de dire bien vite que le magistrat jurisconsulte n'a jamais sacrifié au fanatisme historique de certains esprits d'outre-Rhin pour qui le *droit naturel* est un vain mot. Pour lui, au contraire, ce droit est l'idéal suprême dont le *droit positif n'est que la réalisation dans l'histoire, selon les temps et les lieux* Il a son foyer dans la *conscience humaine*, où Dieu l'a déposé; c'est lui qui couvre de son inviolable sanction l'établissement des sociétés, les droits et les devoirs de la famille, la propriété avec tous ses modes de libre *transmission* (hérédité, donation, testament). Cette dernière énonciation suffit à révéler que l'auteur répudie les idées étroites du XVIIIe siècle pour marcher hardiment dans les larges voies du spiritualisme qui honore aujourd'hui l'école française. — Fille de l'activité, c'est-à-dire de la volonté humaine, la propriété pourrait-elle ne pas relever docilement de la puissance morale qui l'a fait naître? De même que la volonté la conserve après l'avoir créée, de même elle s'en dépouille à son gré sous des conditions quelconques, sans excéder les limites de son naturel exercice. Le droit positif, il est vrai, peut et doit régler cet exercice; mais en le réglant il le confirme, bien loin de l'exclure. C'est là que M. Bonnet place avec raison le pivot de sa démonstration. Mais fallait-il lui enlever, comme une *exagération sans exemple*, le beau couronnement qu'elle avait reçu de Leibnitz, rattachant l'autorité du testament à l'immortalité de l'âme?

Des régions philosophiques nous descendons au terrain de l'histoire, où nous assistons à une revue rapide et complète à la fois des divers actes de disposition à titre gratuit pratiqués soit chez les Romains, soit chez nos pères. Cette seconde partie du travail est surtout intéressante, non-seulement parce qu'elle s'applique à la France, mais parce que (chose bizarre!) elle porte sur des notions moins familières que celles qui ont trait à l'antiquité romaine. De là nous arrivons, à travers les excès législatifs de la révolution, au Code Napoléon, dont l'article 893 réduit à deux les manières de disposer à titre gratuit. La question si rebattue de l'existence actuelle de la *donation à cause de mort* se posait inévitablement, question qui ressemble un peu à celle des *idées innées* en philosophie, en ce sens qu'elle

s'évanouit pour ainsi dire quand on la serre de près. En effet, comme le dit judicieusement M. Bonnet dans une note (sur la page 90), si, d'une part, les rares partisans de la donation à cause de mort n'en admettent la validité que sous la forme du testament, et si d'ailleurs, d'autre part, leurs adversaires ne repoussent pas l'assistance du légataire au testament, que reste-t-il pour matière de discussion? Bien peu de chose. Quoi qu'il en soit à cet égard, l'auteur développe dans tous ses replis la question, et détruit un à un avec vigueur les arguments de texte et les analogies spécieuses qui faisaient obstacle à sa thèse négative. La philosophie et l'histoire du droit concourent harmonieusement, sous sa main, à fonder cette conclusion définitive de l'introduction : « Plus de donations à cause de mort; plus de » démission de biens, plus d'institutions d'héritiers, plus de » fidéicommis en tant que distincts des legs.... Il n'y a plus que » des donations entre-vifs pures ou mitigées..., et des legs. »

A ces prolégomènes généraux font suite les *préliminaires* spéciaux du sujet de l'ouvrage, dont l'économie est celle-ci : 1° Dispositions par contrat de mariage; 2° donations entre époux durant le mariage; 3° secondes noces et disponible relatif à ce cas. L'auteur fait rentrer philosophiquement tout cet ensemble dans une idée mère qui le ramène à l'unité. Il n'y voit avec justesse que « le développement successif et graduel de toutes les » dérogations, depuis la plus simple jusqu'à la plus composée, » que la faveur du mariage a fait introduire à cette vieille » maxime de notre droit coutumier : *donner et retenir ne vaut.* » La logique le conduit donc à rechercher tout d'abord les origines et l'esprit essentiel de cette maxime. C'est dans le droit gallique ou celtique trop longtemps méconnu, et remis de nos jours en possession de ses titres, qu'il nous en montre la racine. *L'affectation du patrimoine à la famille* était une de ses grandes bases, d'après d'irrécusables témoignages. Ce principe, que n'avaient déraciné ni la domination romaine ni la conquête barbare, s'est retrouvé plein de vitalité féconde au temps de la formation des coutumes, et a engendré plusieurs institutions ou règles conservatrices, parmi lesquelles figure le célèbre adage *donner et retenir ne vaut.* Quel en était le but préventif? On le devinerait en s'inspirant de la pensée dominante du droit coutumier; mais les anciens commentateurs nous l'ont expressément signalé ; rendre les donations entre-vifs plus rares en les

rendant plus absolues, c'est-à-dire *irrévocables*. De là aussi le formalisme rigide auquel ces libéralités furent soumises. Le Code, tout en écartant le *système des propres*, qui n'était plus dans les mœurs, a cependant maintenu la rigueur des formes, qui n'a plus qu'imparfaitement sa raison d'être. « Cette remar- » que, dit avec raison l'auteur, a son importance. Il doit en être » tenu compte dans l'interprétation des textes actuels. » — Cette chaîne de déductions lumineuses nous laisse non satisfait sur un seul point, à savoir le principe de l'affectation du patrimoine à la famille, présenté comme antipathique au *droit des Germains* (page 6). M. Bonnet nous rappelle lui-même (page 294) que le testament était ignoré des Germains; que, au temps de Tacite, les *droits de l'héritier du sang étaient inviolables et sacrés*, et que ceux des enfants n'avaient pas cessé de l'être sous les lois barbares. Il nous rappelle encore (page 48 de l'introduction, en note), après Montesquieu, « que les lois saliques » acquirent une autorité presque exclusive » dans le Nord, c'est-à-dire dans les pays mêmes où régnait le principe qui nous occupe. Comment donc en étaient-elles ennemies? D'ailleurs, la terre dite *salique* n'était-elle pas essentiellement un *propre* suivant la science moderne? Nous nous demandons, par suite, si la vérité ne serait pas dans le concours des mœurs gauloises et germaines en faveur des mêmes tendances. Nous n'entendons pas résoudre cette question, mais nous la posons comme un doute grave.

Nous tenions à faire parcourir rapidement au lecteur les généralités qui projettent d'en haut leur lumière sur l'œuvre tout entière. Nous sommes maintenant au seuil de la carrière où nous ne pouvons, on le comprend, suivre l'auteur dans sa marche lentement laborieuse. Le volume que nous avons sous les yeux est bien loin d'épuiser la première branche de la première partie, consacrée aux *donations faites par des tiers* dans le contrat de mariage. C'est dire assez que M. Bonnet a voulu écrire et a écrit un commentaire approfondi.

Sa méthode d'exposition est celle qu'annoncent le titre et l'*introduction* de l'ouvrage : éclairer la législation présente par le reflet du passé, en explorant ses sources les plus reculées et les plus latentes; se rendre maître ainsi de l'esprit trop souvent voilé de la loi, en formuler philosophiquement les principes; tirer logiquement les conséquences de ces principes, en les

tempérant toutefois par ce tact délicat que donne la *tritura fori*, et les faire ainsi rayonner sur les mille aspects qu'ont soulevés soit la médiation, soit le mouvement des affaires : tels sont les consciencieux et savants procédés de l'auteur. Droit romain ancien et moderne; codes barbares; coutumes nationales, doctrine et jurisprudence des deux zones juridiques de la vieille France; législation intermédiaire, lois étrangères mêmes, commentaires et décisions judiciaires de l'ère nouvelle : tous ces trésors de savoir lui ont livré leurs secrets. Il en use avec la facile abondance d'un homme qui les a longtemps maniés et remaniés. On ne pourrait lui reprocher qu'un peu d'intempérance parfois sur certains points du droit romain. Heureux défaut d'une admirable qualité! Il sait trop pour n'être pas modeste; mais il garde et exerce les droits d'une critique indépendante qui ne s'arrête devant aucun nom, et prend les opinions corps à corps pour les réfuter de son mieux. Les siennes sont toujours du côté où sont les convenances morales et les considérations élevées. La multiplicité des espèces (qui fait la grande utilité des monographies) lui donne occasion d'éprouver en tous sens les principes abstraits, et de montrer en action cet art si difficile de l'application du droit au fait : *ars æqui et boni*. Les questions fiscales ont elles-mêmes et justement leur place dans cet ensemble. On sent partout la double flamme de l'amour de la science et de l'amour de son état chez le magistrat écrivain qui, non content de bien juger lui-même, a voulu aider les autres à bien juger aussi. Mais ce ne sont là que des impressions générales, et nous devons quelque chose de plus précis soit à l'auteur, soit au lecteur de cette notice.

Le commentaire s'ouvre naturellement par l'examen des donations matrimoniales de *biens présents* (émanées des tiers). Cet examen ne remplit pas moins de 276 pages, et pourtant il ne comprend pas les modalités exceptionnelles et les questions de forme qui sont renvoyées plus loin. C'est donc en quelque sorte un traité préparatoire de la donation entre-vifs qui se déroule. Ses éléments constitutifs sont fixés avec une très-exacte et très-nette analyse. Puis viennent tour à tour : les donations *rémunératoires*, au sujet desquelles la doctrine prépondérante est judicieusement combattue; la *donation onéreuse*; le *dessaisissement du donateur*, qui est étudié avec la plus large ampleur d'érudition et de doctrine. L'auteur, rencontrant sur son che-

min la jurisprudence qui valide les dons déguisés, la qualifie justement de *déplorable dans ses conséquences*, mais il l'accepte parce qu'elle trouve *sa justification dans les textes*. Nous serions de moins bonne composition à cet égard. — Sur la *donation à terme* est habilement réfutée une thèse subtile de M. Demante, professeur à la Faculté de Toulouse, qui n'admet pas la validité du don d'une créance exigible seulement au décès du donateur, et ne consent à lui faire grâce qu'en y voyant une donation *actuelle avec réserve d'usufruit*. M. Bonnet réduit d'ailleurs, avec raison, à très-peu de chose l'intérêt de la controverse. Toutefois, une nuance nous paraît lui avoir échappé : c'est que, dans l'hypothèse du donateur avec réserve d'usufruit, le donataire nu-propriétaire aurait un droit plus viscéral qui lui permettrait *hic et nunc* de concourir avec le donateur usufruitier au placement de la somme donnée, de manière à la faire sortir du patrimoine de celui-ci dans l'attente de l'exigibilité.

La *donation conditionnelle* devait être inévitablement l'objet de développements étendus; elle appelait la discussion du nouveau commentateur sur un ordre d'idées plus législatif que juridique qui naît de l'innovation grave introduite dans notre loi civile par l'article 900 du Code Napoléon. C'est là une question qui n'intéresse pas moins la morale publique que le droit positif. Aussi a-t-elle provoqué une controverse animée qui dure toujours. M. le président Larombière, dans le traité dont nous parlions en commençant, a vigoureusement pris à partie l'article 900, sans distinguer entre les donations et les testaments. Il ne voit dans les unes et les autres, en présence d'une condition illicite ou impossible, qu'un acte de cynisme ou de démence, ou encore de dérision, indigne de toute sanction. Telle est aussi la thèse que M. Bonnet soutient avec énergie et talent contre un illustre dissident, M. Troplong, aux yeux duquel l'*animus donandi* doit tout couvrir. Ce problème législatif a tant d'importance, que M. Demante l'a pris, il y a quelques mois, pour sujet d'un mémoire lu par lui à l'Académie de législation de Toulouse. Qu'il nous soit permis de dire que son plaidoyer en faveur de l'article 900 nous a paru bien faible. Nous ne comprenons point, par exemple, que le maintien de la donation soit la récompense du donataire *qui a violé la foi promise pour rester fidèle à la loi;* comme si l'on méritait un prix de vertu en ne faisant pas un acte coupable, et comme si le dona-

taire n'avait pas eu déjà le grand tort de souscrire à une condition illicite ! Le mémoire de M. Demante a, du reste, jeté dans le débat un élément curieux : c'est le passage suivant de l'*interpretatio* de la *lex romana Wisigothorum* (Code Théodosien, VIII, 12 l.) : « Si inhonestæ et impossibiles conditiones ponantur remotis conditionibus firma donatio est. » C'est la paraphrase latine de l'article 900. Y a-t-il là une dérogation volontaire au droit romain, ou une erreur de l'interprète? C'est ce que M. Demante livre à la discussion.

Nous aurions encore beaucoup à dire des points controversables qui se rattachent à l'application de l'article 900, notamment des conditions qui, au lieu d'être fictivement effacées, *opèrent la nullité de la donation*. Bornons-nous à recommander au lecteur une polémique instructive avec un maître qu'il suffit de nommer, M. Coin-Delisle, au sujet de certaines clauses résolutoires qui stipulent la reprise de la chose donnée, si le disposant *échappe au péril dont il est menacé ou à la maladie dont il est atteint*. Le débat porte ici sur ce qu'on aurait appelé jadis le *fin du fin* en matière de droit : *de apicibus juris*. La révocabilité *ad nutum* n'est-elle pas un des traits caractéristiques de la donation à cause de mort aujourd'hui supprimée? ou bien n'est-ce pas plutôt dans la préférence du donateur pour lui-même vis-à-vis le donataire, que réside le critérium cherché? C'est sur cette nuance fugitive que la solution oscille pour pencher, ce nous semble, dans le sens de la validité des clauses ci-dessus.

L'auteur aborde ensuite le *retour conventionnel*, qu'il examine sous toutes ses faces, et dont il fait précéder l'explication d'un redressement important de la terminologie défectueuse dans laquelle on confond trop souvent la *révocation* et la *résolution*, si différentes. L'historique de cette matière saisit la curiosité par un arrêt de saint Louis de la *Pentecôte* 1268, qui consacre le retour légal objet de l'article 747 de notre Code.

Arrivé à ce point, le commentateur abandonne la donation matrimoniale de biens présents, dont les particularités anormales viendraient ici trop tôt, et entre dans la *donation de biens à venir* par un lumineux vestibule où il demande à sa riche érudition le mot souvent poursuivi d'une énigme, à savoir l'origine réelle de l'*institution contractuelle*. C'est là une dissertation magistrale tout à fait digne des noms anciens et modernes

qui s'y trouvent mêlés. Si l'auteur trouve de savants indicateurs dans MM. Eschbach et Kœnigswarter, il rencontre aussi de redoutables antagonistes dans MM. Laferrière et Laboulaye, appuyés sur Montesquieu, lesquels placent la source de l'institution contractuelle au cœur de la féodalité. Pour lui, marchant résolûment à la lumière des précédentes recherches, il va droit à son berceau, qu'il nous montre dans le titre 49 de la loi des Francs Saliens de *adframire* (mot qu'il traduit avec Graff par *abalienare*, mettre dehors). Le texte curieux de ce titre est rapporté avec accompagnement d'une version française et d'annotations philologiques. On y voit symboliquement dramatisé un *don irrévocable de l'hérédité* du disposant *per festucationem*, c'est-à-dire par jet d'un fétu avec prise de possession. C'est là pour M. Bonnet le germe primitif de toutes les évolutions ultérieures. Plus tard et bientôt (dans la loi ripuaire, au titre 48), l'écriture (*scripturarum series*) remplacera les formalités symboliques. Nous serons alors bien près de l'institution moderne. Cette base posée, le savant auteur réfute avec force de Laurière et Merlin, pour qui cette *scripturarum series* n'était qu'un testament portant adoption; puis il s'attache à établir avec Pierre Desfontaines et Mazuer que l'institution contractuelle pouvait s'adapter primitivement à toute espèce de situations; qu'elle sommeilla pendant quelque temps après un capitulaire de 803 abolitif de la *scripturarum series*, fut ensuite ranimée par la féodalité, qui avait intérêt à la mettre en usage dans les contrats de mariage pour assurer le service des fiefs et la perpétuité des titres nobiliaires; que la féodalité ne l'a donc pas inventée, et que c'est elle, au contraire qui, tout en la vivifiant, l'a *emprisonnée* dans le contrat de mariage, où elle est aujourd'hui cantonnée; restriction à laquelle venaient d'ailleurs en aide le principe national de l'*affectation des biens à la famille*, et, d'une autre part, l'hostilité des romanistes. Sur ce dernier point, M. Bonnet présente une observation remarquable en ce qui regarde la disparité des destinées de l'institution contractuelle en Allemagne et en France : « D'où procèdent ces diffé-
» rences? dit-il; question de dates. Elles tiennent à la diffé-
» rence des époques de la codification des coutumes dans les
» deux pays. En Allemagne, les partisans du droit romain ont
» bien pu, comme en France, faire entendre leurs doléances et
» leurs sollicitations à l'effet de faire proscrire l'institution d'hé-

» ritier par paction, et de lui substituer l'institution testamen-
» taire. Mais comme la rédaction des coutumes d'outre-Rhin se
» fit plus tôt que chez nous, à une époque où l'espèce de croi-
» sade entreprise par les romanistes contre le droit national
» n'avait encore exercé qu'une partie de son influence, il lui fut
» possible d'échapper à ses rigueurs. » Telle est, dans un simple aperçu, la belle étude de l'auteur sur ce problème historique. Nous n'avons certes pas la prétention outrecuidante de prononcer entre les opinions contradictoires. Nous dirons seulement que ce nouveau travail nous semble avoir jeté un poids sensible dans la balance jusque-là indécise. Toutefois, nous ajouterons comme un souvenir (car en vacances on est bien loin des livres) que déjà M. Bayle-Mouillard, dans une de ses notes savantes sur le *Traité des donations et testaments* de Grenier, avait assigné une origine germanique à l'institution contractuelle, qu'il dégageait habilement de diverses *formules*. Cette note a sans doute échappé à M. Bonnet, qui n'aurait pas manqué, s'il l'avait connue, d'y prendre un point d'appui solide.

Nous serions entraîné trop loin si nous cédions au plaisir de suivre le cours du commentaire dans les 80 pages qui nous séparent encore de la fin du premier volume. Il y est traité de la *nature des donations entre-vifs, des conséquences qui en découlent, et des biens que peut comprendre la donation régie par les articles* 1082 *et* 1083. C'est toujours le même soin laborieux, la même abondance de rapprochements historiques et d'applications pratiques. Nous avons particulièrement remarqué la riche analyse de toutes les variétés juridiques qui peuvent diversifier les *promesses d'égalité*.

Notre compte rendu serait terminé si nous n'avions par-devant nous une œuvre humaine, c'est-à-dire nécessairement imparfaite, ou si nous pouvions oublier ce que nous devons de sincérité libre à nous d'abord, au lecteur ensuite, et à l'auteur lui-même. Nous aurons donc à signaler quelques défectuosités qui, du reste, n'affectent pas la valeur intrinsèque de la composition : de la langueur, de l'obscurité et des répétitions dans certaines parties; quelquefois des négligences de style qui nuisent au relief de la pensée; parfois aussi des énonciations peu mesurées et discordantes entre elles. Par exemple, à la page 5 des *préliminaires*, on lit que dans le droit romain, « sous la pression » des idées spiritualistes, la tradition fut *supprimée*, et que Jus-

» tinien voulut qu'elle se pût opérer, comme dans tous les con-
» trats, par le simple pacte. » Il y a là une inexactitude évidente que l'auteur corrige lui-même à la page 115, où il indique nettement que le pacte de donation produisait un simple engagement, et qu'il fallait la tradition translative pour en consommer les effets. C'est donc aussi d'une façon trop absolue qu'il est dit à la page 218 que, dans les pays de droit écrit, la *tradition n'était pas nécessaire.* Hâtons-nous toutefois de reconnaître que certaines absurdités résultent des incorrections typographiques qui fourmillent, nous le disons à regret, dans ce volume. Plus d'une fois, par exemple, les objections et les réponses dialoguées ne présentent qu'une confusion pénible à l'esprit. Une seconde édition fera disparaître ces imperfections matérielles.

Cette part faite à la critique ne nous empêchera pas de conclure avec bonheur que M. Bonnet a construit un monument juridique qui fera honneur non-seulement à lui-même, mais encore à la magistrature. Il est beau de prouver que, dans nos jours de *positivisme* sensuel, elle a gardé fidèlement ce feu sacré de l'étude qui épure l'âme en éclairant l'esprit. C'est d'ailleurs bien mériter de la justice et des intérêts sacrés dont elle est dépositaire, que de faciliter son exercice dans un ordre de contestations épineuses et fréquemment agitées.

A. ANCELOT.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

PROGRAMME DES CONCOURS ET DES SUJETS DE PRIX.

CONCOURS ORDINAIRE.

L'Académie remet au concours pour l'année 1861 le sujet suivant.

Étude sur la vie et les travaux de Grotius.

Programme. — « En proposant cette étude sur Grotius, l'Académie, sans
» exclure un jugement sommaire sur les travaux de ce grand homme qui
» appartiennent au domaine de l'érudition, de la poésie ou de la littérature
» sacrée, recommande aux concurrents de s'attacher surtout à l'appréciation
» de ceux de ces ouvrages qui ont pour objet le droit public, et en particu-
» lier de son traité *De jure belli ac pacis,* dont elle désire qu'ils caractérisent

» avec soin la méthode, le style et les vues, et qu'ils mesurent l'influence » sur les progrès du droit international en Europe. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 600 francs.

Pour le concours de 1860, l'Académie rappelle qu'elle a proposé la question suivante :

« Rechercher et constater, en s'attachant aux principales » matières du droit civil français, quelle est l'influence qu'ont » exercée la marche et le développement de la jurisprudence » des arrêts, soit sur l'interprétation du Code Napoléon, soit » sur la pratique de la vie civile. »

Programme. — « Bien que le pouvoir judiciaire ne puisse statuer par voie » de disposition générale et réglementaire, il est certain que l'ensemble des » décisions judiciaires fournit un élément des plus importants à l'art d'in- » terpréter les lois; d'un autre côté, la jurisprudence réfléchit les instincts » et les nécessités de la vie pratique auxquels elle accommode les lois, en » précisant leur sens et en fécondant leur esprit.

» Or le Code Napoléon ayant reçu, depuis cinquante ans, l'épreuve solen- » nelle d'une application que nos mœurs ont acceptée, l'Académie invite les » jurisconsultes à rechercher l'influence générale que la jurisprudence des » arrêts, surtout de la Cour suprême, a exercée, soit sur l'interprétation de » ce Code, soit sur la pratique de la vie civile. L'Académie ne demande pas » une appréciation détaillée et critique des solutions que les arrêts ont suc- » cessivement données aux questions controversées qu'ils ont eu à décider; » elle désire qu'acceptant les arrêts majeurs qui ont été rendus sur les prin- » cipales difficultés qu'ont fait surgir l'organisation de la famille et celle de » la propriété, les candidats en mesurent l'influence plus ou moins directe, » et cherchent à indiquer les causes morales ou sociales qui ont pu déter- » miner les fluctuations les plus saillantes de la jurisprudence civile. »

CONCOURS ÉTABLI PAR LA VILLE DE TOULOUSE

EN L'HONNEUR DE LA FÊTE DE CUJAS.

(Délibération du conseil municipal du 15 mai 1855.)

L'Académie rappelle qu'elle a proposé, pour le concours de 1860, la question suivante :

« Rechercher l'origine de la société d'acquêts, exposer les » règles qui la régissent et retracer les avantages qu'elle peut » offrir, soit par elle-même, soit en la combinant avec le régime » dotal. »

Pour le concours de 1861, l'Académie propose le sujet suivant :

« Étude historique, juridique et critique sur le Traité du » Franc-Alleu de Caseneuve. »

Les prix consisteront en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

PRIX DU CONSEIL GÉNÉRAL DU DÉPARTEMENT DE LA HAUTE-GARONNE.

L'Académie rappelle qu'elle a proposé le sujet suivant pour le concours de 1860 :

« Des assurances sur la vie, de leur principe, des avantages » qu'elles offrent, soit sous le rapport du bien-être des familles, » soit sous celui de leur moralité, et des combinaisons qu'on » pourrait y introduire pour leur faire prendre en France l'essor » dont elles sont susceptibles. »

Programme. — « Le système des assurances sur la vie, qui a pris un si » grand développement en Angleterre, est loin d'avoir encore obtenu en » France la même attention et la même faveur. Cependant des institutions » qui reposent sur la puissance de l'accumulation, telles que celles des caisses » d'épargne et des caisses de retraite, y ont conquis une véritable popularité. » Les concurrents, après avoir défini les assurances sur la vie, délimité leur » objet, décrit leurs combinaisons variées et retracé leurs avantages, dé- » vront, en se livrant à un examen des bases qui sont communes à toutes » ces institutions ou qui sont exclusivement propres à chacune d'elles, re- » chercher les causes de la différence de faveur qui s'y attache, et montrer » les perfectionnements théoriques ou pratiques qui pourraient la faire cesser » en leur imprimant une égale impulsion. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Pour le concours de 1861, l'Académie propose le sujet suivant :

« Indiquer l'organisation et les attributions des diverses ju- » ridictions qui rendaient la justice en matière civile, commer- » ciale, criminelle et ecclésiastique dans la province du Lan- » guedoc, à l'époque de la révolution de 1789. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

CONCOURS SPÉCIAL DES LAURÉATS UNIVERSITAIRES.

PRIX DE L'ACADÉMIE.

Les licenciés en droit, les aspirants au doctorat, les docteurs, qui depuis *moins de cinq ans* ont obtenu des prix dans les concours pour la licence et le doctorat, dans l'une des Facultés de droit de l'Empire, ou obtenu des distinctions analogues et correspondantes dans les Universités étrangères, sont seuls admis à ce concours.

Les auteurs jouissent de toute liberté pour le choix du genre et du sujet, qui pourra porter sur toutes les branches du Droit indistinctement.

L'Académie *présentera*, à la séance de la *Fête de Cujas*, les Mémoires qu'elle aura jugés dignes de cette distinction académique.

Le nombre des présentations n'est pas limité.

L'ordre dans lequel elles seront faites sera réglé d'après la date de la réception des Mémoires.

Une médaille d'or de la valeur de 200 francs, qui prendra le titre de *prix de l'Académie*, sera décernée, s'il y a lieu, au meilleur des Mémoires reconnus dignes d'être *présentés* (Délibération de l'Académie du 2 mai 1855).

PRIX DU MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES CULTES.

L'Académie décernera une médaille d'or de la valeur de 300 francs, fondée par Son Exc. M. le Ministre de l'instruction publique et des cultes, à la composition qui sera reconnue la plus remarquable *sous le rapport de la science du Droit et par les qualités du style.*

Les Mémoires qui, dans le courant de l'année précédente, ont obtenu, devant l'une des Facultés de droit de l'Empire, le premier prix au concours ouvert entre les aspirants au doctorat et les docteurs, concourent seuls pour le prix du Ministre de l'instruction publique et des cultes (arrêté ministériel du 30 mai 1855).

Dispositions générales.

I. Les Mémoires devront être déposés, au plus tard le 30 avril de l'année pour laquelle le concours est ouvert.

(Les adresser *franco* au Secrétaire perpétuel de l'Académie, rue Croix-Baraguon, 9, à Toulouse.)

II. Les prix seront distribués dans la séance annuelle de la *Fête de Cujas.*

III. Les Mémoires seront écrits en français ou en latin.

IV. Les enveloppes cachetées, contenant les noms des auteurs, ne seront ouvertes que dans le cas où le Mémoire aura obtenu une distinction.

V. L'auteur qui livrerait son Mémoire à la publicité avant la séance solennelle perdrait tout droit au prix qu'il aurait obtenu.

PARTAGE D'ASCENDANT.

ACTION EN RESCISION. — ACTION EN RÉDUCTION. — ESTIMATION.

Par M. Dubernet de Bosco, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Article 4. — Précisions complémentaires. — Solution.

§ 1.

1. S'agit-il d'une nullité au fond, comme celle provenant de l'article 826, ou de l'infraction faite à toute condition substantielle? Nous ne prétendons pas que l'action puisse en être intentée avant le décès. Pourquoi? Parce que la saisine, le droit conféré par la donation et par le partage, ne comprennent pas ce que comprennent ces conditions substantielles sur le fond, ce que confère, par exemple, cet article 826. A un partage qui ne vous attribue que des valeurs en argent vous ne pouvez, en effet, demander des valeurs territoriales. Jusque-là vous n'y êtes pas même appelé par la loi.

S'agit-il d'une nullité en la forme? Le démissionnaire n'a nul besoin d'attendre le décès. Son droit gît, quant à ce, non pas dans l'*acte*, mais dans la *loi*, qui en a soumis l'efficacité à des règles dont elle seule a le maintien ou l'abrogation. Il gît, non pas dans la volonté de l'ascendant, mais dans une volonté supérieure; non pas dans le cercle de ses arrangements privés, mais en dehors de ce cercle, et même parfois dans le domaine de l'ordre public [2], dont il peut aussi revendiquer sa part; non enfin là où, pour cet objet, on n'a rien à lui rendre, rien à lui fournir, mais là où se trouvent exclusivement tous les moyens appropriés à son attaque.

S'agit-il d'une action en rescision ou en réduction dans les cas très-rares où il ne résulte de l'acte aucun lien d'obligation primitive et réciproque entre les donataires, où il n'est pas clairement spécifié quelle est la part au-dessus et au-dessous de laquelle nul ne doit rester? Nous déclarons sans peine, sur

[1] Voir page 251.
[2] Exemple, entre autres, dans l'article 1078.

la foi de nos propres principes, que cette action ne peut-être mise en usage avant le décès du donateur. Dans ce cas, en effet, le plaignant ne tient de celui-ci, pas plus intentionnellement que matériellement, autre chose que les objets distincts et en quelque sorte taxés, qui lui ont été départis. Jusqu'au décès, la loi elle-même ne peut lui en allouer davantage. Forcément il faut attendre que sa qualité d'héritier lui soit, pour cela, ouverte.

S'agit-il enfin, comme dans les cas ordinaires, d'un acte qui, d'une part, a établi entre tous les copartagés des devoirs mutuels, des devoirs résultant d'un principe primordial de répartition égale ou proportionnelle, et qui, d'autre part, a fixé la portion réversible à chacun? Il nous paraît qu'on peut et qu'on doit dès lors agir avant le décès.

2. Quelles en sont les raisons? Selon nous, il n'y a guère qu'à nous résumer.

Ce n'est pas d'un droit successoral qu'il est question : c'est d'un droit *contractuel*; — d'un droit contractuel qui n'est pas ajourné, mais *présentement dévolu*; — d'une dévolution qui n'est pas de tel objet brut et distinct, sans relation, oscillant entre la fixation et la non-fixation, *mais d'une quotité explicitement ou implicitement combinée avec d'autres quotités et fixée comme devant faire une portion*; — d'une quotité enfin qui peut n'avoir pas été réalisée dans l'exécution de l'acte, *mais qui très-certainement a été promise dans la disposition*. Et alors, quoi de plus simple, quoi de plus légal que de venir, de suite après cet acte, dire à ceux qui, contrairement à ses intentions, détiennent quelque chose de ce qu'il y a en elles : « Rendez-moi » *dès aujourd'hui* ce que *dès aujourd'hui* j'ai dans mon acte; » mon tiers, mon quart, mon cinquième? »

Si cela est vrai au seul point de vue des obligations en général, cette vérité n'acquiert-elle pas encore plus de force lorsqu'on réfléchit sur la spécialité où nous sommes, lorsqu'on se rappelle que nous *imitons* ici une succession ouverte? Cette assimilation doit même sembler d'autant moins étrange, qu'il en est d'autres dans le droit. Ainsi l'*adoption*, qui imite la nature, et qui, par l'effet d'un acte entouré aussi de ses solennités, transfère à l'adopté, quoi qu'en disent nos idées simplement naturelles, une part des biens de l'adoptant, à tel point qu'il y a aussi sa réserve alors même que depuis il survienne à celui-

ci des enfants légitimes (art. 350); qui en outre prohibe le mariage même avec les autres enfants adoptifs (art. 348). Ainsi *la séparation conventionnelle des biens entre époux*, qui imite la séparation de biens judiciaire; qui interdit pareillement au mari, quoique maître et seigneur en règle générale, de s'immiscer, si sa femme ne le veut, dans la jouissance de ses revenus, même dans l'administration de ses immeubles (art. 1336). Ainsi *l'absence*, qui, dans certains cas, ouvre, bien que conditionnellement, la succession, y appelle tous les intéressés, donne lieu au partage des biens (art. 120 à 129) : tout cela, sans doute, avec les suites qui résultent des partages. Ainsi encore *la mort civile*, qui, avant son abrogation récente, ouvrait aussi et définitivement la succession, *de la même manière que si la mort naturelle avait eu lieu* (art. 25) : l'époux et les héritiers de cet autre mort fictif *pouvant exercer respectivement les droits* ET LES ACTIONS *auxquels sa mort naturelle eût donné ouverture* (*ibid.*).

Et cette dévolution étant par là incontestable dans ses effets comme dans son principe, impossible de s'y soustraire en alléguant qu'on en ignore la fixation précise, en disant que jusqu'au décès nul ne peut avoir que ce qui lui a été donné, en feignant de croire que la donation ne défère autre chose que le matériel et la circonscription d'un lot. D'une part, il est clairement disposé que chacun est investi vis-à-vis de chacun, à l'encontre de chacun, d'une portion égale ou proportionnelle, et, d'autre part, il est même spécifié que cette portion est un tiers, un quart, un cinquième.

3. Maintenant distinguerons-nous, quant à leur recevabilité actuelle, entre l'action en rescision et celle en réduction? Nous savons tous et leur cause commune et leur but commun. Nulle différence, sauf en étendue et peut-être aussi en variété des choses recouvrables. Jusque-là donc elles sembleraient devoir commencer, marcher, aboutir, sous la conduite d'une même règle.

Mais, il faut en convenir, si leur point d'appui est identique dans le fait, il ne l'est pas dans le droit. L'une s'appuie sur les bases spéciales *aux partages*, de quelque catégorie, du reste, qu'ils puissent être. Elle n'a pas besoin d'en avoir ailleurs. Elle peut dès lors prendre, en tout temps, son essor, soit avant, soit après le décès de l'auteur des biens, sauf, comme nous l'avons

dit ci-dessus, à choisir, selon les circonstances, le moment qui, pour elle, est le plus opportun. L'autre tient par son moteur à cette partie de la loi *des successions* qui, se combinant avec celle *des donations*, réprime les avantages excessifs, les atteintes à la réserve, et qui, partant, ne fournit son concours qu'après le décès. Jusque-là donc aussi, d'un autre côté, il faudrait se conformer à la distinction que l'on fait.

Cependant et d'abord, *le droit contractuel* dont nous avons parlé, et qui ne se rencontre pas dans les cas où cette distinction opère, c'est-à-dire dans les avancements individuels d'hoirie, se donne ici comme exception. Nous en avons eu un exemple dans une cause où il s'agissait de promesse d'égalité (affaire contractuelle aussi) et où, *même pour une lésion inférieure au quart*, on consulta les principes relatifs aux conventions en général, non ceux relatifs à la spécialité des partages et surtout à celles des simples donations en à-compte (Dall., *ut supr.*, n° 4456).

Puis, il nous faut remarquer ce que nous n'avons jamais pris soin de bien voir, nous méfier d'une idée toute faite, d'une idée d'habitude, qui nous tient, toujours inattentifs, dans un sentier toujours le même. Il faut nous demander si, dans les desseins de la loi, il n'y aurait pas une autre idée, que nos dissidences seules devraient nous faire supposer. Ici, en effet, nous sommes loin, bien loin, de ces errements suivis, chaque jour, dans le système *des avancements d'hoirie*, faveurs précaires du donateur vivant, tributs inévitables et sans merci de la succession qu'il délaisse. Nous sommes même bien en deçà de ces simples *jugements de famille*, déjà exceptionnellement placés par le droit romain en dehors des règles applicables aux dispositions à titre gratuit, dont tout le résultat était de *mentionner* en faveur des enfants une copropriété en abstraction, purement nominale, et de mettre en œuvre ce jugement de leurs auteurs seulement après la mort de ceux-ci. Nous sommes, à la manière de nos aïeux du Nord, dans une déduction plus avancée du principe de cette copropriété, entrée par eux dans le domaine des faits, se faisant saluer, du vivant même des père et mère, par son vrai nom ; et cela au moyen d'une fiction légale, c'est-à-dire *d'une disposition du droit contraire à la vérité d'un fait, mais qui passe pour être la vérité même* (*De fict. jur.*, *cap.* 4). Nous sommes, en un mot, dans cette position, pour ainsi dire

mitoyenne, que Marcadé (dans l'art. 1079) avait entrevue, et dont il n'avait que confusément énoncé les conséquences, disant toutefois que « il ne s'agissait pas ici de créer un droit » aux biens, mais de régler les droit successifs conférés par » *la loi*. » Autrement dit, nous sommes dans des successions *réputées* ouvertes, et d'où se tiennent respectueusement distantes ces prohibitions qui, en toute autre hypothèse, empêcheraient, avant le décès, le moindre traité (Dall., n° 4577).

Ces donataires que l'on dit impuissants à faire valoir leur qualité ne sont plus ces simples détenteurs qui, sauf les revenus pendant la vie de leur père, ne détiennent que pour la succession future, non pour eux ; qui ne peuvent avoir ni prétendre que ce qu'ils ont ; qui peuvent même, un jour, être réduits à n'en retenir que fort peu ; qui, en tout cas, si jamais ils se disaient lésés avant la succession ouverte, mériteraient si bien cette objurgation tant et tant répétée : « On pouvait ne vous » donner rien, et vous vous plaignez ! » Mais ces donataires sont ceux qui ont eu droit à ce qu'il leur fût donné, parce que, en même temps, il fut donné aussi à d'autres. Ce sont des héritiers certains, *désignés dans le futur*, comme dit Boullenois ; possédant pour eux et uniquement à leurs risques ; subissant et soldant, d'ores et déjà, dettes et charges ; ne pouvant avoir moins que ce qu'ils ont, les autres étant remplis comme eux de leur part ; ayant un titre où, selon Merlin, *toute la loi des successions est censée avoir été écrite ;* admissibles dès lors à exiger qu'on fasse *à présent même* leur actif aussi complet que leur passif ; pouvant enfin revendiquer en leur faveur tout ce qu'il y a dans un ordre de choses que nous avons fait remarquer comme s'élevant à la hauteur d'une institution d'ordre public, fondatrice qu'elle est de la paix réglée d'avance dans les familles pour qu'en même temps celle de l'État s'en ressente.

En d'autres termes, c'est à la succession *fictive* que, du vivant du donateur, s'étend la disposition finale de l'article 1079.

4. Mais la rescision faite ou la réduction accordée, comment refaire ou remanier le partage sans recourir au démettant ? Et s'il ne le veut ? Et le préciput qu'il aura établi ? Et les dettes dont-il aura imposé les payements ? Et les charges qu'il aura stipulées en sa faveur pendant sa vie ? — Le préciput, les dettes, les charges, rien de tout cela n'est dans le *partage*, qui seul est rescindé ou modifié : tout cela est dans la *démission* qui, sub-

siste en son entier. C'est là un point de jurisprudence qu'on ne conteste pas. Et aussi, dans le règlement qui sera fait à nouveau, qui ne pourra nuire à aucun des intérêts restés distincts, on maintiendra dans leur application comme dans leur principe tous ces mêmes intérêts. Quant à l'autre partie de l'acte, c'est-à-dire le *partage*, on ne peut certes contraindre l'ascendant à le refaire. Mais, sa démission tenant comme contrat par elle seule, est-ce qu'on a besoin de lui? On a devant soi les mêmes valeurs, les mêmes droits en commun, en un mot les mêmes bases. Or de ces valeurs et de ces droits il en est comme de tous autres placés dans une condition analogue, l'indivis étant toujours sujet à partage, toujours sujet aux prélèvements comme au passif de chacun, à quelque titre qu'on le possède. En droit romain, on n'avait pas seulement l'action *familiæ erciscundæ*, on avait aussi celle *de communi dividundo*. Chez nous, il y a, ainsi que nous l'avons déjà dit, non-seulement le partage de succession, mais encore celui de communauté entre époux et de société entre étrangers. Plus spécialement, il y a celui des choses données en bloc par les ascendants et non partagées par eux. — V., du reste, L. 20, ff., *Famil. ercisc.;* leg. 2, ff., *De comm. divid.*, et diverses notes de M. Gilbert sous l'article 815.

§ 2. — *Confirmation.*

Jusqu'ici nous n'avons eu, au soutien de notre thèse, que des inductions précédées toutefois de principes clairs, notoires, incontestables. D'autorité directe, *in terminis*, nous n'en avons trouvé que dans l'arrêt du 4 février 1845, combattu par d'autres qui lui sont subséquents et qui même se sont produits en assez grand nombre. Aussi remontons-nous aux sources

D'abord, nous y découvrons cette vérité première, spéciale, que Boullenois en a extraite, qui même y est répétée en ces termes : *Effectus dimissionis fuit ut dominium et proprietas omnium bonorum in dimissarium perindè tranferretur* UT EX ALIO QUOLIBET CONTRACTU JURE CIVILI HABILI ET LEGITIMO (d'Argentré, tit. *Des appropriances*, colonne 1023). ..... *Tantâ necessitate juris futurus hæres destinatur ut evitari non possit. Et si hæres simpliciter non dicatur, juris tàm immota et fixa spes est ut multa* IN PRÆSENS *ei tribuantur, anticipato mortis casu, argumentis certi juris*, ET JAM NUNC ET DE PRÆSENTI (*ib.* col. 1033).

En second lieu, et par suite de ce qui vient d'être dit, nous découvrons encore dans ce dernier passage CE DROIT ACTUEL D'ACTION, qui est le but final de nos recherches : *Vulgò dicitur, et verum est, neminem sine* ACTIONE *experiri posse, nemini* ACTIONEM *competere posse, nisi à præexistentiâ juris antecedentis. Sed tamen præsumptis hæredibus* MULTAS ACTIONES *dari compertum est. Undè necesse est intelligi jus quoddam* DE PRÆSENTI *competere ad conservationem futuræ et expectatæ hæreditatis*[1]. *Est enim id jus quod hæredi presumpto tribuitur inevitabile, nec per hominem tolli potest.*

Puis, passant à un exemple des cas où cette action conservatoire est présentement ouverte, il dit (col. 1034) : *Nostro jure, de bonis suis paterf. ampliùs triente bonorum suorum dari nequit. Quòd si contrà fit, receptum est* PRÆSUMPTIVUM *hæredem intercedentem audiri,* UT DONANTIS MORTEM NECESSE NON SIT EXPECTARE : *quod certissimum judicium videri debet* RADICATI ANTÈ JURIS.

Puis encore, ne se bornant pas à son sens personnel, ne se bornant pas même aux décisions conformes qu'il relève dans les livres, il rappelle, à l'appui, un précédent bien caractéristique, émané de la Cour dont, plus tard, il fut le chef (*ibid.*) : *Quin memini quùm aliquandò intercessor aliquis, denuntiatâ intercessione, judicio discedere vellet, quia diceret conservandi juris duntaxat causâ intercessisse,* DE QUO VIVENTE DONATORE DISCEPTARI NON POSSET, *institisse donatorem, et ex senatusconsulto intercessorem coegisse ad causas intercessionis edendas,* ATQUE DE VIVENTIS SUCCESSIONE, *ipso etiàm non postulante,* ESSE DISCEPTATUM.

Et pourquoi cela? Il le dit encore (*ib.*), parce que toute action est commandée par l'intérêt que l'on a : *quia futuri hæredis spes diminuitur.*

Ici, sans doute, ce n'est pas une action principale : ce n'est qu'une action incidente. Mais le droit *préexistant* qui suffit pour celle-ci ne suffit-il pas pour celle-là? Ici encore, ce n'est pas un copartagé luttant contre un autre copartagé : c'est un simple démissionnaire intervenant contre un simple donataire de la quotité disponible, qui, actuellement saisi et voulant faire réaliser, contradictoirement avec le donateur, cette sai-

[1] Qu'on veuille bien, sur la portée de ces derniers mots, suspendre un peu son jugement; bientôt elle apparaîtra tout entière.

sine dont il exagère les proportions, occasionne l'incident. Mais ce qui est vrai du simple démissionnaire n'est-il pas vrai, *à fortiori*, du copartagé? L'un ne possède qu'un droit abstrait, en principe pur; l'autre détient, outre cela, une mise à exécution. L'un n'a, pour contrôler la disposition prétendue excessive et l'étendue des objets auxquels on veut l'appliquer, que sa quotité énoncée sur le papier; l'autre a, outre la consistance matérielle de ce qui est prétendu, la consistance non moins matérielle et comparable que présente son lot.

Du reste, en un autre passage (col. 1042 et 1043), d'Argentré généralise entièrement l'applicabilité de cette action. Après avoir reproduit le cas précédent (celui où le donateur donne au delà du tiers), il ajoute : *Quùm immensum donaverit, quùm inofficiosè,* QUUM IN ALTERIUS FRAUDEM. Dans tous ces cas, c'est une action qu'il adjuge aux démissionnaires, *du vivant même du démettant* : PROINDÈ ETIAM VIVENTIBUS DONATORIBUS. Et pourquoi? Il le répète : *propter infixam juris successorii necessitatem ab consuetudine in personâ ejus qui succedere debet et hæres à lege destinatur.* Pourquoi encore? A cause des usurpations qui, en général, sont à craindre de tous, et en particulier à cause des prescriptions (*propter ingruentes approprimentorum exclusiones et metu præscriptionum*) : craintes qui, pour le dire ici en passant, ajoutent aux motifs que nous avons ci-dessus exposés, particulièrement pour ce qui est de la prescription; car si la prescription dont veut parler notre auteur n'est pas celle qui résulterait uniquement et directement des codémissionnaires, il y a, en tout cas, celle qui pourrait provenir de leurs tiers détenteurs, de leurs acquéreurs avec juste titre et avec bonne foi : bonne foi d'autant plus admissible que leur acquisition serait précédée d'un autre titre authentique, et que la lésion ou même la nullité qu'il recèle ne sont point choses faciles à pénétrer.

A la vérité, le fruit de cette action, au point de vue où notre auteur la maintient, n'est pas, comme l'action elle-même, actuel. Cette action, d'abord, il la qualifie, ainsi que nous l'avons d'ailleurs déjà vu, de *conservatoire.* Puis il en diffère *les effets* jusqu'après la mort du donateur : *Hactenùs tamen ut litis eventus non priùs effectum suum consequatur quàm mors donatoris consecuta sit.* Et Duparc-Poulain, qui aussi reconnaît les actions conservatoires comme résidant dans la personne des do-

naires, *du vivant même des donateurs* (t. II, p. 169, n° 43); qui aussi motive son idée sur les abus possibles des appropriances et des prescriptions, en limite *les effets* au même point. Mais, d'abord, à ces seuls termes, qu'importerait à notre thèse cette limitation? Est-ce que l'action et le fruit de l'action ne sont pas choses très-distinctes, du moins très-susceptibles de distinction, soit intellectuellement, soit matériellement? Est-ce que, pour n'avoir pas à percevoir aujourd'hui même le produit de mon droit, je suis dispensé de le prémunir contre les accidents au milieu desquels il périclite? Parce que la conquence certaine d'un principe ne peut me bénéficier en valeurs tangibles que dans vingt ans, il faut que je laisse sombrer le principe! Autant dire que l'inondation qui menace mon champ de blé ne vaut pas la peine que je la détourne, parce que ce n'est pas demain, mais dans six mois, que l'époque des moissons arrive! Et puis, dans quel sens ces deux éminents docteurs ont-ils posé cette prévision? D'Argentré nous l'explique (*ibid.*) : c'est en se préoccupant de l'idée où ils sont que, même après rescision obtenue par le démissionnaire plaignant, le donateur ou son ayant cause peut jouir des fruits provenus ou à provenir des choses que comprenait la disposition rescindée, et que le donateur, maître qu'il est ainsi de ces fruits, peut, s'il le veut, les jeter à la mer : *Quippè, quâlibet rescisâ donatione, donator rebus suis fruitur, et qui ab eo causam habet fructus suos facit..... cui rei suæ fruitio libera fuit rescisâ quâlibet respectu hæredis donatione, eos in mare projicere et quandolibet perdere, ut sui, licet.* Très-bien donc si le démettant n'a fait sa démission que sous réserve d'usufruit en nature sur les biens démis! Mais si, au lieu de cela, il a permuté contre une prestation viagère, croit-on que, le principe dont nous nous occupons étant admis, le résultat de l'action ne fût pas immédiat?

En tout cas, c'est le principe que nous avons voulu justifier, et il l'est.

Quant à la dénomination d'héritier, elle n'arrivait, il est vrai, qu'après décès. Mais le nom ne faisait rien à la chose; et, soit par la certitude qu'il y avait dans cette qualité future, soit par la saisine actuelle que portait en soi la donation, c'était, en pratique aussi bien qu'en principe, comme si cette qualité eût été dès à présent acquise.

Maintenant, dira-t-on que la coutume de Bretagne excluait

toute institution d'héritier par testament, que la loi y *testamentait* pour chacun, qu'on y faisait dès lors abstraction complète de tout ce qui était défendu en droit romain comme pouvant gêner la liberté indéfinie des testateurs sur ce point, que dès lors encore l'on y considérait comme frivolités (*ut nugas*) toutes ces prohibitions du Digeste et du Code; qu'ainsi on y était logiquement conduit, non-seulement à respecter, mais encore à favoriser tout ce qui réglait définitivement les affaires de succession, même avant leur ouverture; qu'enfin il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque, à côté des donations ordinaires, même à côté des partages par donation, il y a chez nous, tout comme à Rome, la faculté de tester? — Sans doute, en règle générale, on ne peut rien faire qui nuise à ce droit souverain : l'article 1130 et les autres articles qui en reproduisent la volonté le témoignent. Mais quand on use des partages par donation, quand on suit, ainsi que nous l'avons vu, les errements des anciennes démissions, des transmissions anticipées d'hérédité, que fait-on? On sort de la règle générale; on se place dans une position exceptionnelle, *sui generis;* on se refuse à devenir Romain pour rester entièrement Français; on se livre aux conséquences logiques d'un pareil choix; on ne souscrit et on n'est censé souscrire à aucun mélange. Au surplus, on est donataire, *actuellement* donataire; et l'effet actuel qu'on poursuit n'est que celui de la donation.

SECTION III.

OBJECTIONS PRINCIPALES. — RÉPONSES.

§ 1. — *Époque de la réserve ou légitime.*

1. Un des auteurs que nous avons le plus invoqués (Boullenois) est précisément celui, dira-t-on, qui a fait, alors que tant d'autres ne s'en sont nullement inquiétés, une étude approfondie sur notre question, qui est pour lui la question septième. Il la pose en ces termes : «Si c'est le moment de la démission » qui détermine la part et portion que chacun des démission- » naires doit avoir dans les biens de la démission? » Et, ce qui est très-exact, on ajoutera qu'il l'a résolue, quoique après un assez long délibéré avec lui-même, dans le sens de la négative, se résignant à l'époque du décès. On pourra ajouter encore que Furgole, prenant de lui, comme il l'a dit, la majeure partie de

ce qu'il enseigne, a, sans observation, reproduit substantiellement ce même avis (*loc. cit.*, ch. 8, n° 188), et que Merlin y donnant son adhésion tacite, l'a copiée presque en entier (*ubi supr.*, *Quest. de dr.*, v° *Démiss. de biens*, § 6).

Oui. Mais ni Merlin ni Furgole n'ont pris absolument d'autre horizon que celui de leur auteur, et aucune des décisions rendues dans le même sens n'en a pris d'autre. Or comment et sous l'influence de quelle idée ont-ils tous raisonné? Est-ce au point de vue du droit *contractuel* que nous venons de faire ressortir? Non : c'est uniquement au point de vue du droit *héréditaire*. Celui des enfants qui partout a été mis en cause, c'est *le légitimaire*, jamais *le donataire*, si ce n'est pour l'effacer immédiatement sous sa qualité ultérieure.

Et pourquoi ce point de vue? Est-ce, comme dans le nôtre, pour la différence qui existe entre le partage et *la démission*, entre le lot livré et *la saisine conférée?* Non : c'est pour la différence qu'il y a entre ce lot et *la légitime*. Aussi notre auteur trouve-t-il, chez d'Argentré comme chez Dumoulin, l'action qu'il appelle révocatoire et qui est fixée à ce moment-là. Pourquoi? Remarquez bien. Est-ce pour celui qui a moins que ce qui est voulu par *la démission?* Nullement : c'est pour celui qui a moins que ce qui est voulu par LA COUTUME : *cui minùs est quàm quod per* CONSUETUDINEM *relictum est* (p. 169).

Cette objection ne peut donc nous atteindre.

Seulement on peut demander pourquoi l'auteur n'a pas nommément parlé du droit contractuel, comme droit mis en exercice? Mais c'eût été chose à peu près sans objet, alors même que cela n'eût pas tacitement résulté de ce qu'il avait dit déjà ou de ce qu'il avait recueilli chez d'Argentré; car, dans le ressort où il écrivait comme dans la généralité des autres ressorts, la démission, même accompagnée d'un partage, était toujours révocable, ainsi que nous l'avons appris déjà, révocable *ad nutum*, tant que vivait le démettant. Et il est par trop sensible que sous un pareil état de choses, la question fût restée, encore une fois, sans intérêt. D'ailleurs, pour une autre action qui tient au même principe, pour l'action en rapport, dont l'utilité était plus prochaine, dont l'émolument était moins sujet aux éventualités à courir jusqu'à la révocation ou jusqu'à la confirmation par le décès, il s'en est, nous l'avons vu, explicitement occupé, et il s'est rattaché *à l'époque de l'acte*.

2. A la vérité, il observe que, là même où la démission était irrévocable, cet ajournement au décès avait lieu aussi (p. 169). Mais il y avait à cela une raison décisive, purement circonstantielle, et qui n'impliquait sur rien la négation du droit en lui-même : c'était *de faire concorder l'acte avec la loi des successions* (ce qu'on ne pouvait vérifier, comme de raison, avant la mort du démettant). Et le motif en était, non pas celui d'une curiosité vaine, non pas celui du puéril plaisir qu'on eût trouvé à faire se mirer réciproquement entre elles les dispositions de l'homme et celles de la loi, mais le besoin d'éviter qu'un des démissionnaires fît, par son décès avant celui du démettant, changer l'ordre à suivre pour succéder à celui-ci (*ib.*, p. 169 et Merlin, *loc. cit.*, § 6). C'était, en effet, ce qu'il y avait à prévoir quant à certains droits, notamment, comme nous l'avons pris plus haut, quant à celui d'aînesse et quant à celui d'accroissement. Or, avec cet autre inconvénient, n'avait-on pas une autre espèce de révocabilité? Si celle-ci ne dépendait pas du caprice de l'homme elle dépendait de ceux de la nature. Et en cet état, qui du reste n'existe plus aujourd'hui (Dall., n° 4586, et argum. de l'art. 1044), à quoi bon, encore une fois, exercer le droit contractuel pendant la vie du donateur, quelque irrévocabilité qu'il y eût à l'encontre de sa volonté personnelle?

Ce qui, au superflus, nous fait présumer que là était la cause de cette inaction en pratique, de ce silence sur l'application du droit contractuel et sur les suites à en provenir, c'est une précaution fort exceptionnelle, fort étrange, qui, dans ce même pays d'irrévocabilité, avait été stipulée en faveur des démissionnaires : *les droits fiscaux de mutation y étaient suspendus jusqu'au décès du démettant* (Boullen., p. 223, et Ferrière, v° *Démiss. de biens*). D'un autre côté, nul n'ignore qu'aujourd'hui ils prennent cours, tout comme la saisine, *præsenti die*.

3. Ainsi, quant aux biens compris dans le partage, la légitime, la réserve n'avaient à ménager leur droit, comme nous l'avons déjà dit, que pour le cas où, d'une part, il n'y avait pas d'obligation primitive et réciproque, et où, d'autre part, on n'avait pas clairement spécifié la portion de chacun, ce soin ayant été laissé à la loi. Au cas contraire, ce droit étant actuellement réalisable, sujet à une revendication immédiate, la légitime, la réserve n'avaient rien à y démêler. Le décès même advenant, rien encore : autant, pour ces biens-là et dans ces conditions là,

valait la succession, autant valait la démission. Et qui, pour se remplir de là, attendait la succession, attendait sans motif admissible. Partant, forclusion dès le jour voulu depuis l'acte.

Que si, dans notre Code, les erremens sont les mêmes, où serait la raison d'une conséquence contraire?

Bien mieux : nous avons, ainsi que nous venons de le dire en deux remarques séparées, une incertitude de moins dans notre irrévocabilité d'aujourd'hui et un titre de plus pour nous la rendre actuellement profitable : l'absence de tout changement éventuel dans l'ordre de succession aux biens du démettant, et l'immédiate obligation de payer le droit fiscal, tout comme les dettes et les autres charges.

§ 2. — *Biens non compris au partage.*

1. Mais, dit-on, il peut se rencontrer, au décès du démettant, d'autres biens en son pouvoir : telle est, chez nous comme autrefois en Bretagne, la conséquence des démissions partielles, des démissions limitées aux biens présents. Il peut en avoir été réservé, il peut en être advenu à titre onéreux, à titre gratuit. De ces autres biens que ferez-vous? Pour laisser incommutablement réglés, comme vous venez de le dire, ceux compris au partage, et dans les conditions que vous avez spécifiées à cette fin, réglerez-vous séparément les autres? Mais alors il y aura donc deux successions, deux quotités disponibles, deux partages. Et cependant c'est au décès seulement que se forme l'entière masse discutable ; c'est alors seulement que tous peuvent connaître respectivement leurs droits.

Toujours la même idée préconçue! toujours le droit *héréditaire*, et rien que ce droit !..... Jamais, d'ailleurs, une allusion quelconque à la fiction légale !.....

2. Mais, à part même ces deux observations capitales, qu'il nous faudra encore rappeler, voyons dans toute son ampleur cette objection.

D'abord est-il bien vrai que, dans notre système, il y ait deux successions? Pour donner prise à un pareil reproche, qu'avons-nous donc dit? Nous avons dit que les biens déjà partagés par l'ascendant devaient, sauf rectification s'il y avait lieu, rester séparément sous l'autorité de ce partage et de la loi ; et nous ajouterons ici que ceux non partagés doivent, séparément aussi, être affectés à ce que voudra en faire ce même ascendant, d'ac-

cord avec cette même loi. Or il y a là, sans doute, deux sortes de biens régis par deux sortes de droits; mais ces deux sortes de biens, ces deux sortes de droits se meuvent *dans une seule et même succession*, puisque tout ne se réfère qu'à un seul et même individu.

3. Autrefois, il arrivait assez fréquemment qu'un même père de famille, délaissant des biens situés sous l'empire de diverses coutumes, eût lieu d'en régler diversement aussi le sort pour ses enfants (Boullen., quest. 6). Par là assurément c'était s'éloigner de cette uniformité qu'on affecte de vouloir. Et pourtant qui s'avisa jamais de dire qu'il y eût en cela deux ou plusieurs successions?

Dans notre Code même nous avons eu, ainsi que nous le disions tout à l'heure, des successions qui s'ouvraient, avant la mort naturelle, par la mort civile (art. 25). Si celui qui ne l'avait subie que par contumace venait à être absous, mais après avoir laissé perdre le temps utile, il recouvrait sans doute, quant à l'avenir, la plénitude de ses droits primitifs; mais aussi le premier jugement conservait-il, quant au passé, les effets que la mort civile avait produits (art. 30). En cet état il y avait ou il pouvait y avoir, lors de son décès, deux sortes de biens : 1° ceux partagés en vertu du premier jugement et avant le second; 2° ceux advenus depuis celui-ci et non partagés. Or a-t-on jamais ouï dire, à ce sujet, qu'il y ait eu, pour faire un deuxième règlement de famille, la moindre difficulté provenant du premier? A-t-on jamais compris que, s'il advenait de nouveaux biens au contumax acquitté, ce fût là une raison pour ne pas rescinder ou rectifier, même de son vivant, le partage déjà fait? Y a-t-il eu, de nos temps comme autrefois, quelque chose qui, comme le droit d'aînesse, comme le droit d'accroissement, pût changer pendant sa vie l'ordre établi pour sa succession naturelle?..... Or encore c'est précisément à la mort civile que, quant aux biens, la démission a été comparée, l'une se fondant de par la loi seule, l'autre de par la volonté individuelle autorisée par la loi, mais toutes deux aboutissant aux mêmes effets (Boullen., p. 185).

4. Puis est-il donc anormal, inouï, que, dans une même succession, il se rencontre deux quotités disponibles, deux partages? N'est-ce point là, au contraire, la conséquence forcée des textes spéciaux qui nous régissent ici? L'article 1076, ne

voulant accueillir que les biens présents et se reliant ainsi par les premiers mots avec l'article 943, qui également exclut ceux à venir, ne dit-il pas assez par là que les autres biens, soit ceux réservés ou omis, soit ceux subséquemment advenus par achats ou à titre gratuit, seront ou pourront être la matière d'une quotité disponible séparément calculée, d'un autre partage séparément opéré? Et si cette induction ne suffisait pas, l'article 1077, tout en maintenant le partage entre-vifs, ne dit-il pas formellement des autres biens, d'où que provienne leur classification (car il s'exprime en termes absolus), qu'ils seront partagés, non pas suivant l'acte déjà fait, mais *conformément à la loi?*

5. Est-ce que nous interprétons mal? Mais M. Dalloz lui-même a dit, dans son n° 4483, que, de nos jours, le partage n'influait en rien sur les biens subséquents? Dans son n° 4562, et à part la contradiction dans laquelle il nous a paru être tombé, sa décision est plus directe encore. Il a entendu notre loi actuelle comme nous l'entendons, puisqu'il a dit que c'étaient là *deux opérations essentiellement distinctes.*

6. Et nos devanciers dans l'étude du droit, ceux de qui notre Code s'est inspiré, comment en ont-ils parlé?

« Le partage *inter liberos*, dit Furgole (*loc. cit.*, ch. 8, sect. 1, » n° 149), peut être fait de tous les biens, ou de quelques-uns » seulement, comme le prouvent très-clairement les lois 21, » *Cod.*, *Famil. ercisc.*, 20, § 1, ff., *eod*, etc. Et, dans ce cas, » ce qui reste à diviser doit appartenir aux enfants par égales » parts et portions *ab intestat*, parce que ce qui est assigné à » quelques-uns ou à tous doit être considéré comme préciputs, » *fundos enim vice præceptionis accipiendos*[1]. » Évidemment s'il n'avait dû y avoir qu'une seule masse, qu'un seul partage, cet auteur n'aurait pas dit que d'un côté, le partage pouvait être fait de quelques biens seulement, et que, d'un autre côté, le surplus, au lieu d'être régi par cet acte, le serait par la loi des successions *ab intestat.*

Quant aux pays de coutume, Boullenois (quest. 3e) s'en occupe avec quelque étendue, et dans la question 11e (p. 218, 219, 220), il conclut qu'on doit les partager *en laissant subsister le premier partage.* La raison qu'il en donne, il la prend dans

[1] Nous avons déjà fait observer quelle était, dans le langage de l'ancien droit, l'acception de ce mot.

une des lois dont s'appuie aussi Furgole, à l'endroit que nous venons de citer : *familiæ erciscundæ judicium ampliùs quàm semel agi non potest, nisi causâ cognitâ. Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest* (L. 20, § 4, ff., *Famil. ercisc.*). Ce qui prouve que, à part son sujet, qui est celui de la démission universelle, son sentiment est celui de Furgole au cas de la démission partielle.

A la vérité Boullenois fait une distinction que celui-ci n'a point faite. Il restreint la décision et ne la tient pour applicable que si les biens subséquents proviennent d'acquisitions à titre onéreux ou gratuit, ne l'appliquant plus lorsque, s'étant trouvés aux mains du démettant à l'époque de la démission, ils ont été laissés à part. Mais d'abord on sent pourquoi Furgole n'a point voulu faire cette distinction. Elle est tout précisément démentie par le texte formel que Boullenois lui-même invoque : *quod si quædam res indivisæ* RELICTÆ SUNT. Puis, nul motif n'assortit cette distinction. Puis enfin, fût-elle fondée, de quel poids serait-elle ici? Ici il ne s'agit que d'une chose : savoir si les biens compris au partage doivent, quelle qu'ait été la cause de leur distinction à part, se confondre en une seule masse et sous une règle unique avec ceux déjà partagés? Or que prétend Boullenois? Prétend-il que ceux retenus lors du partage seront confondus avec ceux qui y furent mis et qu'ils seront réglés comme ceux-ci? Non. Il dit (ce qui est fort différent) que le père de famille ne pourra point les partager *lui-même*, comme il l'a fait des autres ; « que ces biens-là, en effet, n'ont pas la » faveur de la répartition ; qu'ils tombent dans le cas des » partages ordinaires, dans le cas de la succession *ab in-* » *testat.* »

A la vérité encore, c'est comme lui que Furgole s'est servi de cette dernière expression. Tous deux, d'accord en ce point, semblent poser cette limite au père de famille quant aux biens ultérieurs, d'où qu'ils viennent. Au lieu de les laisser, comme nous croyons que les laisse notre article 1077, *in fine*, à sa volonté *combinée avec celle de la loi sur les donations ou les testaments*, ils les placent uniquement sous celle *des successions*. Mais pour autant qu'elle fût exacte, pour autant qu'elle fût même censée avoir passé dans notre Code, cette précision resterait parfaitement étrangère à la question qui se discute ici. Cette question, encore une fois, n'est pas de savoir *comment* se fera

cet autre partage, mais de savoir si l'on peut ou non le faire *sans le mêler avec le premier*.

7. Enfin, même hors du cas où, comme ici, un partage déjà fait et de plus exécuté rend tout naturel, pour les biens auxquels il ne s'applique pas, un partage subséquent et distinct, n'y a-t-il pas dans la pratique du droit nombre d'exemples de ces accidents, qu'on veut être inouïs, inconcevables? Dans une même succession n'a-t-on jamais vu la forme des actes et leurs effets, la capacité du donateur et celle du donataire, la quotité disponible et la réserve, gouvernées par des lois différentes, les unes dominant la donation, les autres dominant la succession? — V. Chabot, *Quest. transit.*, v° *Donation*, § 3.

Plus finalement encore, et puisqu'il faut y revenir, la source de cette difficulté n'est pas ailleurs que dans l'article 922, ailleurs que dans ces mots : « la réduction se détermine en formant » une masse *de tous les biens existant au décès*..... On y réunit » fictivement ceux dont il a été disposé *par donation entre-* » *vifs*..... En calculant *sur tous ces biens*, etc. » Mais déjà nous avons suffisamment vu que cet article n'est applicable qu'aux simples avancements d'hoirie, que les partages d'ascendants sont bien autre chose. Et ici nous voyons, par le choc nouveau qu'il vient de faire, une raison nouvelle pour qu'il reste à sa place.

§ 3. — *Liberté praticable.*

1. C'est seulement au décès du donateur, s'écrie-t-on, qu'on acquiert liberté pour se plaindre!..... (Dall., n° 4651.)

D'où procéderait donc, avant cette époque, le défaut de liberté? Ce serait, dit-on, 1° de l'irrévérence qu'il y aurait envers les ascendants, si, pendant leur vie, il s'élevait contre ce qui a été leur œuvre une critique plus ou moins mesurée; 2° du danger qu'il y aurait quelquefois en cela, quant aux biens qui leur seraient restés ou advenus après le partage.

2. Sur le premier motif : Ce ne sera certes pas à nous qu'on aura à imputer de n'en faire qu'une appréciation frivole. C'est précisément nous, en effet, qui, au nom des anciens et véritables intérêts, venons de rappeler que les pères et mères étaient en ceci *les arbitres de leur famille, des magistrats domestiques*, invoquant ce caractère à titre de réalité, et non pas, comme trop souvent on le fait, seulement *ad honores*.

Mais, d'abord, il faut bien en venir une fois à cette critique. Et si, à l'époque où l'on prétend l'ajourner, leur personne n'est plus là, leur mémoire n'y est-elle pas? Ou serait-ce que celui qui ne craint pas de toucher à leur mémoire craindrait de toucher à leur sensibilité?.....

D'un autre côté, il a bien été dit que le danger était dans la possibilité de les mettre en cause. Mais, toute possibilité se calculant sur l'utilité, et cette utilité de les mettre en cause étant de toutes parts déniée, le danger qu'on allègue n'existe pas. Chacun, en effet, a reçu d'eux, sinon dans l'exécution, du moins dans la disposition, tout ce que, jusqu'à leur décès, il peut prétendre d'eux. Et, la disposition étant là pour appuyer ou pour contredire, à quoi bon d'instancier la personne, la personne ayant prononcé comme prononce l'acte, n'ayant rien à ajouter, rien à modifier?

Sans doute, comme il a été dit plus haut, la justice peut trouver intérêt à prendre en eux des renseignements. Mais, d'abord, autre chose est répondre aux interpellations de la justice elle-même, autre chose est entrer en lutte avec les contendants. Puis, à quoi se réduit donc ce débat? Est-ce qu'il est nécessaire d'y descendre jusqu'à l'irrévérence? Vis-à-vis des étrangers eux-mêmes, tout ce qu'on a à présumer, ce n'est pas la fraude : jusqu'à preuve acquise, ce n'est que l'erreur. Vis-à-vis d'un père, à plus forte raison, même au cas spécial où nous sommes, ce n'est que l'erreur qu'il soit permis de présumer (Dall., 4452). Et, sur cette base, qu'y a-t-il donc à dire? « C'est » que ce père s'est trompé dans le fait, et que, dans le droit, » il n'a pas voulu le faire » (Boullen., p. 62). Du reste,

Il est un heureux choix de mots..... *parlementaires.*

Au besoin, la police d'audience est là.

Enfin, dans cette critique *du jugement* des père et mère, on n'a à les blesser que comme on blesse tous autres magistrats, lorsqu'on se pourvoit contre leur sentence devant leurs supérieurs hiérarchiques.

Voyez même ce qui s'induit de la loi. L'article 1114, dans sa règle générale, ne tient nul compte, où que ce soit, de la crainte révérentielle. Nombre de lois, au Digeste et au Code, s'en expliquent en termes très-développés et toujours en ce sens. Point d'exception! Et, dans un cas spécial, dans un cas

où l'attaque est certes bien autrement directe qu'ici, en matière de comptes tutélaires, qu'en est-il? Est-ce que les pères et mères, comme tous autres tuteurs, ne sont pas comptables envers leurs enfants devenus majeurs (art. 469)? Si même ils veulent faire avec eux un traité, est-ce qu'ils ne sont pas tenus, comme tous autres, de rendre préalablement et avec détail leurs comptes, de remettre à l'appui toutes pièces justificatives (art. 472)? Et si ce compte donne lieu à des contestations, est-ce qu'elles ne seront pas *poursuivies et jugées* COMME TOUTES AUTRES CONTESTATIONS (art. 473)?..... Pourquoi contre ceux-ci une rigueur si entière dans le cas de tutelle? Serait-ce parce qu'ils n'ont pu éviter d'être tuteurs? Pourquoi ces ménagements si scrupuleux dans le cas de démission ou donation portant partage? Serait-ce parce qu'ils auraient plus ou moins pu s'en dispenser? Pourquoi cette rigueur encore quand ils sont attaqués seuls et directement? Pourquoi ces ménagements quand ils ne le seraient qu'accessoirement, précédés même de quelqu'un qui pour eux irait faire front au combat?

3. Sur le deuxième motif : l'intérêt qu'on peut avoir à prévenir toute revanche sur les biens non encore partagés! C'est là un cas si rare, de si mince importance en général, qu'il y aurait lieu de se demander, avec la loi romaine, si, pour quelques exceptions, il vaut bien la peine de se départir d'une règle. (L. 3, 4 et 5, ff., *De legib.*) Tout au plus pourrait-on faire de cela une matière à part, casuelle, mobile, en un mot une matière à arrêts d'espèce.

Mais n'y a-t-il donc pas des principes fixes, qui écartent péremptoirement cette objection? Quand est-il permis de se retrancher dans la crainte qu'on a eue d'un préjudice? C'est lorsque cette crainte est provenue d'un fait ou de l'imminence d'un fait que la loi désapprouve ou défend (V. pour argum. Merlin. *Quest. de dr.*, v° *Crainte*, § 2. — V. aussi M. Gilbert sous les art. 1111 et 1112, n°s 1 à 3): Or la crainte qu'on dit avoir d'un nouvel avantage préciputaire à intervenir en faveur d'un autre sur les biens non encore partagés est-elle une crainte qui se rattache à une chose illicite, soit légalement, soit même moralement?

§ 4. — *Objections diverses.*

1. Si nous n'avons plus, dit-on, de révocabilité à prévenir, soit du chef de la volonté arbitraire du démettant, soit en vertu

de la force majeure qui changeait l'ordre de succession par le changement du droit d'aînesse ou par celui d'accroissement; si, pas plus sous le régime où nous sommes que sous l'ancien, il ne faut tenir compte d'autres révocabilités, comme celle provenant de l'inexécution des conditions, comme celle provenant de l'ingratitude, il y a, du moins, celle que prononce l'article 1078, aujourd'hui comme autrefois en Bretagne, au cas d'enfants survenus depuis la démission. Cela étant, dit-on encore, pourquoi mettriez-vous en pratique, plus qu'on ne le faisait en Bretagne, le droit contractuel? — Entre les causes suspensives que nous avons notées et celle qui surgirait de l'article 1078, il y a une sensible différence : la mort qui changeait le droit d'aînesse ou qui occasionnait le droit d'accroissement était un fait qui, par sa nature, déjouait tout moyen de précaution, rendait inutile la prévoyance elle-même, assujettissait dès lors à l'état d'expectative, atteignait ainsi la démission jusque dans son principe; tandis que la survenance ultérieure d'un enfant est un fait qui peut fort bien, dès l'époque même du contrat, entrer dans le calcul des probabilités, laisser à peu près sans excuse les imprévoyances, ne pas suffire dès lors pour les autoriser à un ajournement indéfini, et que, d'ailleurs, il annule seulement *le partage*, non la démission (art. 1078).

2. De l'arrêt qui émana de la Cour de cassation, sous la date du 30 juillet 1847, que pouvons-nous dire..... *imperio rationis?* Nous lui devons, avec un respect que rien n'altère, toute la vérité. Aussi ajoutons-nous que, à la manière dont il est rédigé, et vu surtout l'éminente gravité de son rédacteur, il présente une chose bien remarquable : c'est qu'il n'est pas doctrinalement motivé. La question était, en effet, de savoir *pourquoi* l'action devait être subordonnée au décès de l'ascendant. Et, se bornant à donner pour raison ce qui n'était que la question elle-même, il dit, *après une première épreuve où les voix s'étaient partagées*, ces seuls mots : « Attendu que l'action accordée par l'article 1079 est subordonnée, quant à son exercice, au décès de l'ascendant; attendu qu'il suit nécessairement » *de là*..... » Très-bien pour la mineure du syllogisme! Mais pour la majeure?..... Nous oserions presque nous expliquer à nous-même pourquoi il en fut ainsi.

Toutefois, dans le fait qu'il relève, il y a une donnée fort

précieuse : il était prétendu que la mère disposante avait, en faisant *sa distribution*, dépassé les limites, non de sa propre disposition, mais *de la loi*. Ce qui donc était ainsi en litige, c'était, non le droit contractuel, mais le droit successoral.

3. En ce qui est du réquisitoire, nous avons dit nos convictions conformes sur ce qui subsiste de l'ancienne démission de biens. Mais nous ne saurions adhérer de même au surplus de ce document, d'ailleurs si estimable.

D'abord, il ne voit cette démission que dans ses rapports avec le droit *héréditaire*, qui vient plus tard en réclamer ce qu'il lui faut pour devenir complet; et, jusque-là, c'est une suite ou une variété d'aperçus qui ne provoquent de nous, ainsi que déjà nous l'avons dit assez, aucune contestation. Puis, cherchant à y voir le droit contractuel, il ne l'y découvre pas; et c'est là, comme nous croyons l'avoir appris, que réside son erreur.

Serait-ce, pour nous en expliquer avec lui avec plus de précision, serait-ce dans la portée de ce droit contractuel que se poserait, non pas sa négation, mais sa retenue? Or c'est là, de prime abord, ce qui est un peu difficile à démêler; car c'est par un malentendu qu'il commence. « Le donateur vivant, dit-» il, ne doit que des aliments à ses enfants. Il n'est forcé par » la loi de leur faire aucune libéralité. Si l'un d'eux se voit re-» cherché par un autre sous prétexte que le premier a trop » reçu et celui-ci trop peu, il répondra que la part assignée au » demandeur, si faible qu'elle soit, est encore plus forte que le » donateur *n'était obligé de la faire*. Sur quel fondement appuie-» rait-il son action? Ce n'est pas sur l'acte qui la condamne... » Oui et non, lui répondent, à leur tour, nos principes. Oui, l'acte condamnera le plaignant lorsque l'acte l'aura taxé à ce qu'il a reçu, lorsque même il aura omis d'établir un rapport entre les part-prenants, ou de laisser connaître si ce que l'un prétend lui est déjà dû. Non, l'acte ne le condamnera pas, et, au contraire, il l'appuiera, autant que le peut la loi elle-même, s'il n'a pas été taxé, ou s'il se rencontre dans les conditions qui viennent d'être spécifiées. Nous ne saurions trop le redire : il ne s'agit pas de ce que devait le donateur *avant* la donation; il s'agit de ce qu'il a dû *depuis*, ou de ce que doivent *pour lui* ceux qui détiennent quelque chose de ce qu'il a clairement

donné : *Contractus initio sunt voluntatis, posteà autem necessitatis.*

Plus loin, c'est explicite : « Le donataire mécontent, dit-il, » réclamera le quart des biens, tel en effet qu'il lui aura été » donné, prétendant que ceux à lui assignés ne représentent » que le sixième..... Or, *dans l'opinion du disposant*, ce que le » mécontent soutient ne valoir que le sixième valait le quart. » — Il s'agit bien de l'opinion *du disposant!* Il s'agit *de la commune intention des parties* (art. 1156). D'ailleurs, si pareille théorie était admissible, il faudrait l'admettre après comme avant le décès, pour le droit héréditaire comme pour le droit contractuel ; car, pas plus que la loi du contrat, la loi générale n'exige que *ce qui est dû*. Or qu'on vienne, après décès, opposer à celui qui réclame contre les estimations du disposant *l'opinion* que celui-ci peut en avoir eue!.....

« Mais il ne se serait pas démis de ses biens, si cet acte de sa » libre autorité n'avait pas dû être respecté dans son entier. » — Si *la disposition* de l'acte n'est pas contrariée par *l'exécution*, à merveille! Mais aussi, dans le cas contraire, que faudra-t-il y respecter? L'exécution ou la disposition? Deux idées incompatibles, ou une idée simple, qui sera la seule vraie? La maxime *ut pereant actus*, ou la maxime *ut valeant?*

« Distinguer ainsi la part faite au successible et l'attribution » de biens destinée à le remplir de cette part, c'est méconnaître un principe plus sacré encore que l'indivisibilité de » l'aveu : c'est, par voie indirecte, faire d'un acte de pure libéralité le fondement d'une action en garantie contre ceux qui » représentent le donateur. » — Eh oui, tout indivisible qu'il soit en principe, l'aveu peut être divisé. C'est ce qu'atteste la jurisprudence, lorsque précisément il renferme deux idées qui s'entre-détruisent. Et ici que demandons-nous qui ne soit pas l'équivalent de cette vérité juridique? *La garantie*, dites-vous! Mais, quant aux démettants, elle n'y remonte jamais, du chef qui nous occupe ici. Quant aux démissionnaires entre eux, c'est là précisément encore, nous l'avons vu, ce qui a été dit, développé, justifié, par les lois anciennes, par les plus respectables interprètes de ces lois, par les modernes aussi (V. *suprà*).

« Mais il n'y a que des copartagés, non des copartageants. » — Ici, ce ne sont plus les lois anciennes qui réclament : c'est bien la loi aujourd'hui régnante. C'est *elle*, en effet, qui, selon

M. Pascalis lui-même, *n'a mis en action que le père*; c'est *lui*, lui seul, que, selon nous tous, elle a voulu choisir en cela *pour arbitre, pour juge*..... Est-ce qu'on se permettrait d'argumenter ainsi sur un partage fait par les tribunaux, où aussi il n'y aurait que des copartagés, point de copartageants? A la vérité, dans la justice d'un tribunal, point de mélange, point de partialité supposable. Mais, encore une fois, sommes-nous donc plus sages que la loi, qui a voulu, elle, placer ici sa confiance dans les père et mère? De tout ce que nous pouvons en dire, que doit-il donc s'ensuivre? Rien, si ce n'est qu'il doit y avoir beaucoup de mesure, beaucoup de prudence chez eux, lorsque surtout ils font des inégalités. C'est que, d'autre part, s'ils ne justifient pas cette confiance à eux donnée, vous avez, au chef-lieu de leur arrondissement, plus haut, plus haut encore, des autorités qui peuvent faire *ce que le premier juge aurait dû faire*. Mais, à part cela, c'est la loi qui *présume* en faveur de ses délégués! Ce sont, d'un autre côté, ses pupilles qui, en acceptant avec pleine liberté, confirment eux-mêmes sa présomption! Respect à la loi! Les copartagés sont et doivent être tenus pour vrais copartageants.

4. Mais des arrêts subséquents ont apporté des raisons que n'avait pas données celui de 1847. Ces raisons, ou presque toutes, se résument (et elles ne pouvaient l'être mieux) dans celui de la Cour de Paris, en date du 8 avril 1850, sous la présidence de M. Troplong (Sir.-Vill., 50, 2, 305). On y fait observer que, d'une part, ces sortes de partages, bien qu'irrévocables, peuvent cependant, au décès, être sujets à un nouveau règlement; que, d'autre part, investis d'un lotissement fait *nullo jure cogente*, les copartagés seraient, en agissant plus tôt, dans une situation presque voisine de l'ingratitude. — Or, 1° où est la nécessité d'un nouveau règlement après le décès, du moins quant aux biens partagés, du moins quant aux actes où le partage a été précédé d'une donation conjonctive, impliquant pour chacun toute la part qui pouvait lui écheoir et réalisée par une allocation en conséquence? D'un autre côté, alors même que cette allocation n'a pas réalisé la donation, où est la nécessité qu'on allègue, si ce dont on a été saisi a pu se régler, se rectifier *avant le décès*, de bon gré ou par justice? L'arrêt ne nous l'apprend pas. Il reste dans les termes de la proposition que nous avons déjà combattue; et nous maintenons respectueuse-

ment placé à côté de son assertion le sentiment contraire, se recommandant aussi par des autorités juridiques. 2° Si (toujours d'après les distinctions par nous faites) les réclamants n'avaient été lotis que sans préambule, tout matériellement; si, en cet état, et du vivant de leur auteur, ils réclamaient un surplus, quel qu'il fût, un surplus que celui-ci évidemment n'aurait pas voulu leur distribuer encore, il y aurait en eux, nous en convenons, ingratitude, inconvenance, aberration. Ce qui, seul, pourrait atténuer peut-être une telle attitude, ce serait que, dans cette gracieuseté paternelle, *dans ce provisoire*, un autre eût reçu davantage. Mais lorsque, *à titre irrévocable, à l'instar d'une succession ouverte, en vue de dettes ou de charges communes également ou proportionnellement supportées*, chacun a été saisi en principe de toutes les choses qu'il lui fût permis de prétendre, où serait, la réclamation survenant même quelques jours après, l'ingratitude contre le donateur? Présumé qu'il est avoir, au contraire, voulu conformer le fait avec le droit posé par lui-même, au lieu de le blesser en ne relevant ce qui est de lui qu'une erreur, on ne fait que lui rendre hommage. En tous cas, *volenti non fit injuria, et damnum non committit qui jure suo utitur*. Rien, si l'on veut, ne l'avait obligé à donner. Mais, ainsi que nous le disions tout à l'heure, cette raison n'en est une que jusques et non compris la donation.

5. Quant à M. le professeur Genty, tous ses raisonnements se concentrent sur une base unique. Comme les autres autorités que nous venons de consulter, il ne voit qu'un seul droit : celui que la loi ou la succession confèrent. Du droit que donne l'acte, il n'en dit qu'un mot : c'est pour constater que, du vivant des donateurs, il n'y a *que des donataires*, ajoutant à l'appui une proposition qui se heurte malencontreusement et même textuellement avec celle de Furgole; car il prétend que jusqu'au décès il n'y a point de droit *actuel et certain* (p. 316 et suiv.). Il ne voit, lui aussi, que des avancements d'hoirie!.....

Toutefois, quelques pages plus loin, il vient à notre aide, disant une chose qui nous paraît modifier celle-là, et qui surtout implique une différence que nous ne cessons d'invoquer entre donataires. En effet, au lieu de jeter à la charge de la succession, comme au cas des donations simples, les risques et les pertes des copartagés, il les laisse, comme de raison, à la charge de ceux-ci.

6. Il y a enfin le dernier arrêt que la Cour d'Agen a rendu sous la présidence de M. le premier président Sorbier (Sir.-V., 58, 2, 461). Cet arrêt est un de ceux qui se sont le plus complétement placés à tous les points de vue, et qui, ses tendances une fois émises, en a le plus solidement soutenu la direction. Il nous condamne! Mais, ainsi que nous l'avons annoncé ci-dessus, nous avons pour nous, comme autorités récentes aussi : 1° un arrêt d'Orléans (Sir.-V., 58, 2, 353) ; 2° le jugement précité du tribunal d'Agen ; 3° le doute que M. Gilbert a dit être permis[1]. Nous avons surtout nos bases *in veterum libris*.

Il faut convenir que notre arrêt d'Agen s'est préoccupé, tout comme celui d'Orléans, tout comme nous, de ce défaut de fixité en affaires qu'entraîne sa décision. Seulement, il s'incline devant une nécessité qu'il a cru voir, une nécessité qui le domine partout, et qui, à notre sens, n'est point réelle : celle de ne reconnaître pour acquis, pour définitif, que ce qui vient s'établir lors du décès. Or, sur cette vue d'ensemble, nous avons assez montré qu'il existait, ou qu'il pouvait du moins exister, deux saisines, dont la dernière était même susceptible de renonciation, et que la première, c'est-à-dire celle par donation, avait, lorsque surtout elle était corroborée par un partage, ses conséquences actuelles. Nous ne nous répéterons donc pas ici, faisant toutefois observer que l'arrêt d'Orléans a, principalement en ce point, pensé comme nous.

Quant à l'argument pris de l'article 922, nous y avons répondu ailleurs.

Quant à l'objection qui nous impute de vouloir prématurément ouvrir une succession, nous avons dit que nous voulions, non pas l'*ouvrir*, mais *imiter* ce qui se fait lorsqu'elle s'ouvre, mais jouir actuellement de ce qu'une *donation* contient.

Quant à la difficulté de deux ou même de plusieurs successions, etc., on a vu les raisons que nous y avons opposées.

Quant à l'exclusion de l'article 890, l'arrêt rappelle bien dans quelle partie du Code le législateur l'a matériellement placé et à quoi il l'a ainsi directement appliqué. Mais il ne dit pas de même pourquoi on n'en ferait pas emprunt ici, alors qu'on a recours à d'autres qui sont de sa classe, et pourquoi surtout il ne saurait convenir à un partage qui est *l'imitation* de ceux

[1] Depuis la confection du travail que nous publions aujourd'hui, il a paru, dans notre sens, un autre arrêt (Sir.-Vill., 59, 2, 430).

pour lesquels il a été fait, qui est la conséquence à peu près forcée d'une fiction très-légalement instituée.

Enfin, quant à l'exemple pris de ce qui se pratiquait pour notre question dans les pays d'irrévocabilité, l'arrêt ne remarque pas que c'était du droit *légitimaire* qu'il s'y agissait : tandis que ce dont il avait à s'occuper, lui, c'était uniquement le droit *contractuel*.

Ici, c'est le moment de voir et d'apprécier l'ensemble :

Notre premier point d'appui est la saisine qui surgit de la donation, conjonctive qu'elle soit et dévolutive de portions bien déterminées [1].

[1] Nul aujourd'hui, même sur ce sujet, n'a besoin de formule. Mais pour rendre plus saisissable toute notre pensée, nous croyons devoir, comme faisaient d'ailleurs nos anciens, lui donner ici un corps, tel que nous le concevons. Et même, pour ne pas tomber dans l'incorrection que présentait, selon nous, l'action portée devant la Cour suprême, lors de son arrêt du 30 juillet 1847, nous croyons pareillement utile de tracer en deux mots le sens de cette action.

Quant à l'acte, en voici la partie essentielle :

« ..... Lequel, voulant se dégager du soin de ses affaires et le remettre à » ses enfants, tous ici présents, leur a conjonctivement donné tous les biens » (ou les biens) qu'il possède, situés à....., sauf la répartition qu'il va leur » en faire et les conditions qui vont y être rattachées. Sur quoi il a donné, » en effet, à Jean, qui accepte, le quart en préciput : de telle sorte que ce » préciput et la part virile de celui-ci seront en total, ni plus ni moins, une » moitié. Et à Lucien, à Joseph, qui acceptent aussi, il a donné pour chacun » un quart, limité de même.

» Dans ces vues, le total de Jean se compose comme suit : 1°...., 2°...., etc.

» Le total de Lucien, etc.

» Le total de Joseph, etc.

» Chacun sera, du reste, dès ce jour, irrévocablement propriétaire et pos- » sesseur du lot et du droit qui viennent de lui être ainsi faits.

» Chacun enfin, dès ce jour aussi, les fera valoir envers et contre tous et » en tout ce qui les constitue.

» L'actif ainsi donné et établi, le passif sera, dans les mêmes vues de pro- » portionnalité, ainsi que le donateur l'entend et que les donataires l'ac- » ceptent, comme suit, etc., etc..... »

Quant à l'action :

« Lequel expose que, par acte du ..... et par le père commun, il lui a été, » dès ce jour-là, conféré à titre de donation et de partage sur succession anti- » cipée, le quart des biens de celui-ci. Mais attendu que, dans le fait, ce quart » n'a pas été par lui entièrement reçu, et que ses frères susdits détiennent » ce qui lui en manque au moyen d'inexactitudes commises dans les estima- » tions ; attendu que, d'une part, la disposition portée au contrat doit être

Et le deuxième, c'est la fiction légale.

Nos conséquences sont : 1° une action ayant pour but tout ce qui est nécessaire pour effectuer cette saisine, cette fiction; 2° la recevabilité de cette action pendant la vie du donateur; 3° l'irrecevabilité après décès, si, pendant la vie de celui-ci, on a laissé se perdre tout le temps utile; 4° exception et ajournement au décès pour tout ce qui, soit en la forme soit au fond, ne dépend pas de cette saisine ou de cette fiction.

Se pourrait-il, en effet, qu'on eût créé deux principes pour ne pas fonctionner?.....

Et d'ailleurs, ainsi que nous en avons fait l'observation plus haut, si on laisse inertes ces deux principes, combien d'avantages tombés en pure perte, combien de malheurs ou au moins de dangers!.....

Tout devant ainsi, dans les termes posés, aboutir au partage, non au décès, notre question deuxième se résout comme la première : LA VALEUR A ESTIMER EST CELLE QU'IL Y AVAIT LORS DU PARTAGE.

Et ainsi dirons-nous, avec l'auteur de qui nous avons pris notre épigraphe, de qui nous avons pris surtout nos bases, » travailler sur les démissions de biens, éclaircir les différentes » difficultés qui peuvent se rencontrer sur cette matière, c'est » travailler à assurer du repos et des aliments à de pauvres » pères et mères sur la fin de leurs jours; c'est contribuer à » procurer l'union entre des héritiers qui ne sont souvent que » trop divisés. » (Boullen., préf., p. 2.)

C'est, dirons-nous encore pour le temps où nous sommes, prévenir, comme nous l'avons demandé ailleurs, le vide qui augmente dans nos champs, le trop-plein qui se fait déplorer dans nos villes.

« Ces différents objets, ajoute le même auteur, vénérable ornement du barreau de son époque, sont dignes de l'avocat. » Ajoutons, nous, qu'ils le sont aussi du magistrat.

» vêtue par son exécution, et que, d'autre part, cette exécution doit être dès » à présent faite suivant les règles de la succession elle-même, cette rectification n'ayant pas d'ailleurs besoin d'être différée jusqu'à l'époque où s'ouvrira ladite succession, citation est donnée, etc..., aux fins que lesdits, etc..., » aient à lui parfaire, en valeurs entrées au partage dont s'agit, ce qui, comme » il vient d'être dit, manque à sa portion, telle qu'en principe elle fut convenue : le tout dès aujourd'hui et sur vérification d'experts. »

Par deux fois déjà, nous y avons apporté nos efforts [1]. Mais c'était principalement sur un point autre que celui-ci (car contre ce modeste asile des traditions de famille il y a eu et il y a encore si bon nombre d'attaques!). La Cour de cassation, par son arrêt du 9 juin 1857 (Sir.-V., 57, 1, 885), en confirmant un arrêt de Bordeaux, a enfin donné et très-explicitement donné raison à cette partie de notre thèse. Toutefois, celle-ci restait; et, en vue du sentiment que nous venons de reproduire, nous avons été animé aussi de celui qu'éprouvait, dit-on, un autre ancien, beaucoup plus ancien encore :

Nil actum reputans si quid superesset agendum.

DUBERNET DE BOSCQ.

P. S. Pour ce qui concerne l'action en rescision, le tribunal d'Agen a ouvert un autre aperçu, auquel se rattache M. Gilbert (Sir.-V., 58, 2, 461, *ad not.*). Pendant la vie de l'ascendant, l'exercice de cette action ne serait pas, à la vérité, permis; mais, nonobstant cette suspension, le droit de remonter à la valeur établie lors de l'acte n'en subsiste pas moins. On peut en voir les raisons soit dans le jugement, soit dans la note.

Si cela est exact, dirons-nous à notre tour, voici comment nous y venons en aide :

Il n'est pour aucun des copartagés aucune faveur qui puisse aller au delà du droit immédiatement sorti de son contrat. Chez tous la situation se réduit à une obligation qui consiste à réparer toute erreur, tout préjudice. Et ici, comme dans tous les contrats synallagmatiques, il y a une condition résolutoire sous-entendue (art. 1184) : sous-entendue pour le cas où, soit l'un, soit l'autre, soit comme représentant le défunt, soit de son chef, ne satisfera pas aux engagements écrits dans ce contrat (*ibid.*); pour le cas, par exemple, où celui qui a vendu à l'autre aurait introduit dans l'objet vendu une cause d'éviction au profit d'un tiers, tout comme pour le cas où celui qui aurait acheté se rencontrerait avoir dans cet achat un quart en sus de ce que vaut l'argent par lui payé.

Or quels sont les effets de la condition résolutoire?

Le premier, c'est une option.

Mais cette option, en quoi consiste-t-elle? Quelles sont ses limites?

[1] *Revue* d'août 1854, de mars et d'avril 1858.

Relisons la loi. « L'un a le choix de forcer l'autre, dit-elle, à » l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible,—ou d'en » demander la résolution avec dommages-intérêts.» (Art. 1184.)

Première alternative : *l'exécution!*..... De quoi? *De la convention.* Or la convention renferme-t-elle, même tacitement, même avec toute l'ampleur de bonne foi que pourrait y suppléer l'article 1135, autre chose que ce qui, ALORS, était saisissable, appréciable, connu?

Deuxième alternative : A défaut de l'exécution de la convention et de ce que la bonne foi pouvait y avoir ajouté, c'est-à-dire à défaut du complément voulu pour constituer le véritable prix, résolution, avons-nous dit, *avec dommages et intérêts.* Mais c'est surtout ici que l'intention de la loi se montre évidente. Comment, en effet, règle-t-elle ces dommages et intérêts? A moins qu'il n'y ait eu dol de la part du débiteur, « ce » débiteur n'est tenu, dit-elle, que des dommages et intérêts *qui* « *ont été prévus.....ou qu'on a pu prévoir*..... LORS DU CONTRAT. » (Art. 1150.) Bien plus : dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre..... *que ce qui est une suite* IMMÉDIATE ET DIRECTE *de l'inexécution de la convention* (art. 1051).

D. B.

LE DROIT MUSULMAN EXPOSÉ D'APRÈS LES SOURCES.

Par M. Nicolas DE TORNAUW, ex-vice-gouverneur de la province Caspienne, conseiller actuel de l'empire de Russie, procureur général du Sénat dirigeant de Saint-Pétersbourg, membre de la Société orientale d'Allemagne;

Traduit en français par M. ESCHBACH,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg,
chevalier de la Légion d'honneur [1].

PREMIER ARTICLE.

PRÉFACE.

Puisque j'entreprends d'exposer dans le présent ouvrage les traits fondamentaux du droit musulman, je me regarde comme

[1] *Avis du traducteur français.* — L'ouvrage a été écrit par l'auteur, M. de Tornauw, en langue russe, et traduit en allemand, comme il le dit lui-même

obligé envers mes lecteurs d'insister sur les circonstances qui m'ont amené à faire ce travail, rédigé primitivement en langue russe et destiné à la Russie.

Le droit mahométan a préoccupé depuis longtemps le monde savant en Europe, et dans ces derniers temps, il a attiré tout particulièrement l'attention des États européens qui comptent parmi leurs sujets des sectateurs de l'islamisme, parce que ces États ont compris combien est importante, pour l'administration des pays peuplés de musulmans, la connaissance de l'élément qui forme l'essence de tous les rapports politiques et sociaux des mahométans. Néanmoins, quelque étendue que soit en Occident, et principalement sur des spécialités, la connaissance de l'Orient, les pays européens ne peuvent pas encore se vanter de posséder un ouvrage qui présente le droit musulman d'une manière exacte et approfondie en toutes ses parties et qui expose, sous le point de vue dogmatique et pratique, toutes les règles sociales et juridiques particulièrement issues de l'islamisme.

Le savant orientaliste docteur Worms signale énergiquement cette lacune, lui qui, appelé à prendre part à l'administration de l'Algérie, était parfaitement en position d'en faire l'expérience sur place. Pour procéder à ses *Recherches sur la constitution de la propriété territoriale dans les pays musulmans*, il commença par se familiariser avec tout ce qui avait été écrit en Europe sur ce sujet, puis, seulement après, il aborda l'étude des sources desquelles découle tout le droit musulman. — Il acquit ainsi la conviction et démontra clairement que les écrits les plus célèbres étaient peu utiles et peu sûrs pour l'explication de la vie pratique des sectateurs de l'islamisme. Car il fut démontré que les savants d'Europe qui avaient cherché à apprendre des musulmans eux-mêmes la science de leur droit, avaient été induits par ceux-ci en toutes sortes d'erreurs, les musulmans prenant à tâche de dissimuler soigneusement aux Européens la connaissance de leurs lois et se retranchant derrière des articulations vagues et équivoques. — D'autres qui

dans sa préface, par deux de ses amis, MM. Arnold de Tideböhl, conseiller d'État, et Théodore de Bötticher, conseiller aulique.—C'est de cette traduction allemande de l'original russe, publiée à Leipsick en 1855, que j'offre la traduction française aux lecteurs de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. ESCHBACH.

avaient voulu vérifier les sources mêmes, s'étaient dirigés vers des écrits dont la rédaction en aphorismes créait des énigmes, non-seulement pour les savants européens, mais encore pour la plus grande partie des lettrés musulmans. Que s'il arrivait à l'un ou à l'autre de découvrir des sources plus sûres et plus faciles à comprendre, il ne pouvait cependant s'en servir que d'une manière restreinte, car il n'en faisait pas des traductions directes et immédiates, mais il s'en faisait faire un translat explicatif par la bouche de savants musulmans, sans avoir des garanties suffisantes de leur bonne foi et de leur science.

Le docteur Worms donne, dans son ouvrage susrelaté, d'intéressants renseignements sur les difficultés contre lesquelles le gouvernement français a eu à combattre en Algérie dans l'organisation des rapports avec les indigènes, — difficultés qui se reproduiront plus ou moins partout où un État européen dominera sur des pays habités par des musulmans. « Les Français » lors de la conquête d'Alger en 1830, dit le docteur Worms, » laissèrent, par suite d'une politique aussi sage que juste, les » indigènes se régir par leur législation antérieure fondée sur » la religion. Comme cette législation était peu connue des » conquérants, ceux-ci furent dans la nécessité de remettre aux » mains des indigènes le soin de l'appliquer. Au lieu d'abréger » la durée de cette situation difficile par l'étude de la langue, » des lois et des mœurs du peuple conquis, les Français s'en » sont aveuglément rapportés aux déclarations faites, touchant » les relations endémiques, par les indigènes dissimulés et » trompeurs, et ont ainsi créé en Algérie un état de choses qui » rend peut-être impossible tout progrès et toute création du- » rable. Averti par la connaissance du caractère de la popula- » tion algérienne, — continue le docteur Worms, — il a, en » jetant les yeux sur quelques-uns des rares manuscrits de leurs » lois que les musulmans n'étaient point parvenus à soustraire » aux conquérants, découvert avec surprise les nombreuses » contradictions qui se manifestaient à chaque pas entre les ré- » ponses données par les indigènes au nouveau gouvernement » sur leur législation et les véritables solutions de celle-ci. » Et pourtant il y avait là le vif sentiment de légalité que le » musulman étend aux choses les moins essentielles de la vie do- » mestique et du culte — chose connue et non à dénier. Dès lors » il était nécessaire, pour trouver la solution, de remonter aux

» dernières sources du droit musulman; entreprise hérissée de » difficultés que Muradgea d'Ohsson a déjà démontrées ample- » ment relativement à la Turquie. Les indigènes de l'Algérie se » font un devoir de garder le silence le plus absolu sur l'état des » rapports politiques et religieux, tels qu'ils existaient avant la » conquête, et quand ils sont forcés de rompre ce silence, ils » ont recours au mensonge. Il n'y a que celui qui les connaît » qui peut se faire une idée du peu de valeur de leurs perpé- » tuelles protestations d'amitié et de soumission envers leurs nou- » veaux maîtres. Le gouvernement ne peut pas se fier sûrement » à un seul de ses nouveaux sujets; tous ils haïssent les con- » quérants comme étrangers et mécréants, quelle que soit d'ail- » leurs leur affectation de dévouement. La religion de Mahomet » est la seule qui ne demande pas de ses adeptes l'épreuve du » martyre : elle leur permet de postposer la profession de leur » foi et toutes les conséquences de leur croyance religieuse à » l'acquisition du bien-être et à la conservation de la vie. »

Parmi les travaux accomplis jusqu'à présent dans le domaine du droit musulman, je remarque, au sujet de l'ouvrage justement renommé du célèbre orientaliste Muradgea d'Ohsson, *Tableau général de l'empire ottoman*, que les parties V et VI de cet ouvrage qui traitent du droit musulman, ne contiennent que des extraits du travail *Multeko-el-ebhor* relatif au droit en vigueur dans l'empire turc sans donner un aperçu général sur la législation musulmane. L'essai de Mouradgea d'Ohsson d'abandonner la division et la distribution des matières du *Multeko-el-ebhor* pour y substituer (comme il le dit à la page 24 de sa préface) un système plus clair et plus facile à saisir, ne peut pas être considéré comme heureux. Car bien que quelques parties spéciales du droit musulman aient entre elles une connexité nécessaire, cependant les théories qu'elles contiennent ne se laissent pas commodément ramener à des principes fondamentaux qui n'existent pas du tout chez les mahométans, sans immédiatement renverser l'ordre et la suite établis dans chaque matière et sans introduire des idées contraires au génie de l'islamisme. Ainsi, par exemple, il a placé dans les règles de politique et dans le Code de la guerre beaucoup de choses que les musulmans regardent comme des devoirs religieux, tels que le *Zekalt*, le *Djehod* et autres; le chapitre de la prise de possession violente *Ghesb* a été reporté par d'Ohsson, avec les

idées de l'Occident, dans le Code pénal, tandis que les musulmans n'y voient qu'un acte dont les conséquences sont purement civiles. — D'Ohsson a aussi tenté de réunir ce qui n'a qu'une apparence purement extérieure de connexité, mais qui diffère complétement par son essence et son fondement. Ainsi, par exemple, on ne peut pas ranger la dédicace *Wâkf* qui est le résultat de la libre volonté, avec le *Zekalt* qui est pour tout musulman un impôt obligatoire.

Parmi les productions les plus importantes dans le domaine du droit musulman, se place incontestablement, dans ces derniers temps, le *Droit musulman*, par J. Pharaon et Th. Dulau (1839). Néanmoins cet ouvrage, bien que, d'après son titre, on dût s'attendre à ce qu'il parcourrait la circonférence entière du droit musulman, ne se rapporte qu'à la secte *sunnite* et se restreint même aux deux branches la *malekite* et la *henifite*. — On peut aussi reprocher aux auteurs d'avoir, au lieu de suivre l'ordre suivi par les musulmans eux-mêmes dans la division de leur droit, adopté le système de la législation française, ce qui a amené un déplacement des matières qui les rend moins faciles à saisir.

L'Angleterre ne possède pas non plus, pour ses sujets musulmans des Indes orientales, une codification correspondante à leur caractère original et à leur religion. Ce ne fut que lorsque lord Bentink devint gouverneur général que l'on conçut le projet de faire un Code spécial anglais-indien; mais ce travail n'est point encore achevé. — On peut considérer comme préface de ce Code futur l'ouvrage de Macnaghten, en 1825 : *Principles and Precedents of moohummudan law*, qui, il est vrai, traite principalement du droit de succession, mais qui cependant a cet intérêt particulier, que toutes les lois citées sont textuellement extraites des originaux arabes.

Gans, dans son célèbre traité *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*, s'occupe, dans le parallèle des lois sur les successions, du droit musulman, tout en avouant qu'il n'a point mis à profit les sources les plus importantes, parce que non-seulement il n'a pas pu se procurer les écrits originaux des jurisconsultes musulmans, mais même quelques-uns des écrits les plus importants de savants en Europe (t. I, p. 178, 185).

Enfin le professeur Mirza Alexander Kazem-Beg a publié à Kasan en 1845, l'ouvrage du jurisconsulte henifite Sadrüsch-

Schariat : *Müchteser ul-wikayet*. Je me suis beaucoup servi de l'introduction mise en tête et qui contient des recherches étendues sur l'origine, le développement et l'état actuel du droit musulman [1].

Un long séjour en Orient, — en Perse et dans les provinces transcaucasiques de la Russie, — une participation de cinq ans à l'administration de la province Caspienne (aujourd'hui gouvernement Schemacha) en qualité de vice-gouverneur, n'avaient fourni l'occasion de connaître les mœurs, la religion, la langue et en général la manière d'être et d'exister de la population musulmane. Par des efforts persévérants et à l'aide de nombreux sacrifices, j'eus le bonheur, par l'entremise de quelques docteurs de la loi musulmans et d'autres personnages, d'acquérir les originaux des livres *Scheri'et* pour la secte schiite et sunnite et de me familiariser avec l'étude de ces ouvrages en les comparant entre eux. Après avoir fait les extraits nécessaires de ces livres où se retrouvent la discussion et les répétitions qu'on rencontre dans les ouvrages des plus éminents docteurs musulmans, et après avoir, tout en respectant les divisions principales admises par les jurisconsultes musulmans, introduit dans les sous-divisions un ordre plus conséquent et plus juridique, — je songeai à donner aux résultats de mon travail la mesure réduite à la vie pratique, d'une part, en offrant ce livre comme guide dans la décision des procès des schiites, pour lesquels ce livre a été principalement fait, et parce qu'ils sont de beaucoup les plus nombreux en Transcaucasie, et enfin parce que les ouvrages de leurs jurisconsultes ont été plus accessibles pour moi; d'autre part, parce que j'y travaillai sous l'assistance de la plus haute autorité schiite à

[1] La traduction française de l'ouvrage de Chalil Ibn-Ishak, par Perron, n'ayant paru qu'après l'achèvement de mon travail, je n'ai pas été à même de la mettre à profit.

(Cette allégation peut être exacte de la part de l'auteur parlant de son traité en russe et publié dans cette langue; mais il faut admettre que les traducteurs allemands ont connu la traduction de Chalil Ibn-Ishak par M. Perron, car ils en parlent et citent cette autorité dans leur traduction, comme on le verra à la note 1, chap. I, sect. 3, au titre du *Rehen*, contrat de gage, au livre *'Ekudot*, ainsi qu'à la note 1, chap. IV, sect. 3, au titre du *Sukno we hibs*, dans le même livre *'Ekudot*, et enfin au chap. I, sect. 1, du livre *Ehkom*, au titre de l'autorité souveraine.)

(*Note du traducteur français.*)

Schemacha. — Je tins compte aussi des divergences existant chez les Azemites et les Schaflites, et me bornai, en ce qui concerne la secte des sunnites, à signaler les nuances qui se rencontrent dans la Transcaucasie russe. Je remplis ici un devoir agréable en offrant le tribut de ma reconnaissance pour l'assistance que pendant plusieurs années et sans interruption ont bien voulu m'accorder dans mes recherches sur le droit musulman : le Kazi sunnite de Schemacha Mahmud-Efendi ; l'imam Djum'e de la ville de Schemacha : Ishak-Efendi ; — 'Abdurrehmen-Efendi ; — à l'aga Seid-Hussein ; — au Kazi schiite de Schemacha Ahund-Mulla-Ali ; — à Ahund-Mulla-Nur-Mohammed et à Mirza Suleiman-Mulla-Manaf-Ogli [1].

Au commencement de chaque chapitre, j'ai indiqué les sources dans lesquelles j'ai puisé, et où j'ai pris chaque mot persan ou arabe cité dans le texte, et tous écrits en caractères arabes. J'ai cherché à rendre le son des mots persans et arabes, comme on les prononce en Transcaucasie.

Mon but essentiel a été, en publiant cet ouvrage, d'en faire comme un manuel ou guide pour les autorités judiciaires et administratives des provinces transcaucasiques de la Russie, ou du moins d'offrir un point d'arrêt que le gouvernement russe pourrait utiliser comme point de départ d'une codification pour ses sujets musulmans. Cependant la matière contenue dans ce livre peut avoir un intérêt dans un cercle encore plus étendu, puisque partout où règne l'islamisme, ce sont les mêmes lois, découlant d'une seule et même source. La ressemblance se retrouve dans les plus petits détails, et c'est avec raison que le docteur Worms dit dans son ouvrage cité : « Tous » les empires musulmans ne sont que des fractions d'une même » société, soumise à la même loi, au même Code administratif » et politique et où tout est identique et commun jusqu'aux » coutumes les moins importantes. » Je crois dès lors qu'un tableau de l'état du droit des musulmans en Transcaucasie permettra de jeter un regard sur les rapports des mahométans partout où il y en a, et cela m'a déterminé à publier une traduction allemande de cet ouvrage, traduction dont se sont

[1] Ce dernier, professeur des langues orientales à l'École de Schemacha, a reçu du gouverneur du Caucase, le prince Woronzoff, en 1845, une médaille d'or pour l'assistance qu'il m'a prêtée dans mon travail.

obligeamment chargés deux de mes amis, le conseiller d'État Arnold de Tideböhl et le conseiller aulique Théodore de Boetticher.

Je crois devoir encore ajouter quelques mots sur mes sources.

Comme mon travail avait surtout un but pratique, j'ai pris pour point de mire les règles de droit civil. Cette partie de l'ouvrage est presque exclusivement faite sur les sources perses et arabes. — L'introduction a été empruntée au Koran et aux ouvrages de savants européens. La partie dogmatique et pratique de la doctrine musulmane est faite en partie d'après les écrits de jurisconsultes musulmans, en partie d'après les recherches de savants européens. Ce qui est dit dans l'introduction et sur le dogme de l'islamisme, n'a d'autre but que d'exposer les fondements et la relation intime des lois religieuses et civiles de toutes les races musulmanes. J'ai dû retrancher certains points des écrits des jurisconsultes des diverses sectes, car ils prennent plus ou moins parti pour les doctrines de leur secte, et il m'importait d'exposer les points généraux dégagés de toute teinte de partialité.

Les ouvrages de jurisconsultes musulmans que j'ai mis à profit sont les suivants :

Kitobe usule din, par le müdjtehid d'Ispahan Aga Mohammed Bagir Medjlisi ;

Kitobe Scherhe-E'tekodot, par Ibre Bobeweih.

Djom'e Abbasi par Scheich Beho ed-din Mohammed Djebel-Ameli.

Mürschid ul-ewomm de Mirza Abul-Kasimbin-Hassan-Djiloni.

Bist-bob, de Hadji Mohammed Bagir Medjlisi.

Neil ul-merom, de Mulla Ahmed-Ardebili.

Sewol we djewob, du Müdjtehid Seid Mohammed Bagir Reschti.

Tous ces écrits sont de la secte schiite.

Pour la secte sunnite-hanefite, j'ai mis à profit l'ouvrage *Hekil-Idjoz*; pour la secte sunnite-schafiite, l'ouvrage *Keschf enwor*, et pour la secte sunnite en général, l'ouvrage *Ichtelofot ul eïmmelt il-erb'e*, qui contient en regard les variantes des quatre sectes sunnites.

Ce qui concerne l'imamet et certaines pratiques religieuses,

je l'ai surtout emprunté au *Djelo ul-eiyun* de aga Mohammed Bagir Medjlisi, au livre *Kitobe husniyeh* et à l'ouvrage schiite *Bähth-nome Juhanno*.

Enfin, pour ce qui regarde le pèlérinage, je me suis servi du *menosike heddj* du Müdjtehid Seid Hadji Mohammed Bagir Reschti.

Parmi les ouvrages des savants d'Europe, j'ai consulté plusieurs traductions du Koran, et notamment celle du docteur Samuel Wahl 1828 (en allemand), celle du docteur Ulmann 1844 (en allemand), celle de Kazimirsky (en français) puis la *Historisch-Kritische Einleitung in den Koran*, par le docteur Weil 1844;

Sale : *Observations critiques et historiques sur le mahométisme*, dans les livres sacrés de l'Orient.

Chardin : *Voyage en Perse*.

Reinaud : *Monuments arabes, persans et turcs*.

Eugène Sicé : *Traduction des lois mahométanes* dans les Indes françaises, 1841.

Mouradgea d'Ohsson : *Tableau de l'empire ottoman*.

Volney : *les Ruines*.

Le comte de Warren : *l'Inde anglaise*, 1844.

John Shore : *Notes of Indian affairs*, 1837.

Macnaghten : *Principles and precedents of moohummudan laws*, 1825.

Garcin de Tassy : le *Risalei Berkewi* ou exposition de la foi musulmane, 1828.

Dr Weil : *Mohammed der prophète, sein Leben und seine Lehre*, 1843.

Hammer-Purgstall : *Geschichte des osmanischen Reiches*.

Ducaurroy : *Législation musulmane sunnite*, 1848-49.

Dr Weil : *Geschichte der Chalifen*.

Puisse ce livre atteindre son but dans un cercle plus élargi, éveiller l'intérêt pour le droit musulman et provoquer des études ultérieures sur ce terrain de la science. Convaincu de l'insuffisance de mon travail, je crois cependant avoir livré au monde savant des matériaux nouveaux en partie et qui, mieux employés, pourraient produire les faits les plus riches.

Signé N. de Tornauw.

INTRODUCTION.

Le droit musulman, dans sa partie civile comme dans sa partie religieuse, a pour fondement unique le Koran [1].

Le Koran, dans le sens littéral, le Livre ou l'Écriture, est une collection de chapitres, que, d'après la croyance orthodoxe, Dieu envoya du ciel par feuilles détachées [2] et que l'archange Gabriel remit au prophète Mahomet [3].

Le Koran poursuivait un double but religieux et politique : le premier consistait à extirper l'idolâtrie parmi les Arabes, à réveiller et à épurer leur sentiment moral et les vertus de leur race, à consolider rituellement celle-ci par la loi et par la coutume ; — enfin à combattre les croyances des Hébreux, notamment des gnostiques, des sabelliens et d'autres sectaires qui avaient défiguré de plusieurs manières le dogme primitif de la Trinité, et dont les interprétations ont été probablement la source trouble dans laquelle Mahomet puisa lui-même ses propres idées vacillantes et fausses sur les dogmes chrétiens et sur les préceptes de cette religion [4]. Du reste, la doctrine de

[1] Le chap. V, v. 52 à 54, prescrit de ne juger les croyants que d'après le Koran, et de décider, d'après ce livre, tous leurs doutes et tous leurs différends. — On trouve les mêmes prescriptions dans le chap. XVI, v. 66, 91.

[2] V. le chap. XXV, v. 34, et le chap. XVII, v. 107.

[3] Chap. II, v. 91; XVII, v. 2; LXXX, v. 15.

« Pour les musulmans, c'est un article de foi que le Koran n'a pas été » composé ou créé, mais qu'il est d'une origine divine, qu'il est éternel. » (Sale, *Observat. hist.*, p. 488.) — La secte des mutazalites, fondée par Wasil-Ibn-Ata dans le premier siècle de l'hégire, admet la confection humaine du Koran, et en nie par conséquent la divinité. C'est ce qu'a même proclamé le calife Mamun (un Abasside) par un édit de l'année 212 de l'hégire. — V. Weil, *Geschichte der Chalifen*, vol. II, p. 262. — Les *Dissensions religieuses*, traduites de l'arabe Schahrastani's, par le docteur Haarbrücker, part. I, p. 42. — Introduction au *Müchteser-ul-Wikayet*, par le professeur Mirza Kasem-Beg, p. 32. — Dr Weil, *Introduction critique au Koran*, p. 110.

[4] Chap. V, v. 18 : « Par la publication du Koran, Dieu veut mettre sur le » chemin de la paix et conduire des ténèbres à la lumière, ceux qui marche- » ront suivant sa volonté. »

Chap. XXXVIII, v. 87 : « Le but du Koran est d'éclairer le monde entier. »

Chap. V, v. 88 : « Bientôt vous serez convaincus de la vérité de son con- » tenu. »

Chap. XVI, v. 92 : « Et le Koran t'a été envoyé d'en haut, Mahomet, pour » que tu en apprennes les dogmes de la foi et les devoirs de la vie, et pour

Mahomet ne se produisit pas comme quelque chose de tout à fait nouveau : elle avait la prétention d'être l'antique et seule juste et vraie doctrine, que Dieu avait révélée dans la même forme extérieure à tous les prophètes, depuis Adam jusqu'à Mahomet[1], mais dont les secrets divins avaient été méconnus des hommes qui en avaient altéré les préceptes purs. Les musulmans ne font qu'honorer en Mahomet le restaurateur de cette doctrine, envoyé par Dieu.

Le Koran, en ce qui concerne son but politique, apparaît, dans les principes fondamentaux de sa doctrine, comme un moyen d'étendre et de consolider la puissance temporelle. Pour atteindre ce but subordonné à l'accomplissement de sa propagande religieuse, Mahomet posa deux principes nécessaires : d'abord, celui de la prédestination[2], c'est-à-dire, de la soumission volontaire et absolue à la fatalité, comme à la volonté de Dieu et à tout ce qui se fait en son nom; puis l'indissoluble connexité des lois religieuses et des lois civiles, leur dépendance réciproque et la nécessité de les compléter les unes par les autres, et de réunir la puissance spirituelle et la puissance temporelle dans une seule et même main.

A ces principes correspond le nom qui a été donné à la nouvelle religion : *Islam*, c'est-à-dire, soumission, obéissance envers Dieu[3].

Les règles de la foi et du droit de l'islamisme remontent, quant à leur source, et en grande partie, à la base de la loi hébraïque; mais elles découlent aussi, en partie, des préceptes de la religion chrétienne et de celle des anciens Perses. La par-

» que tu publies aux musulmans, outre l'instruction, la miséricorde et les » révélations de Dieu. »

Chap. V, v. 93 : « Dieu vous ordonne de suivre la vérité et les règles de la » vertu : soyez doux et bons avec vos amis; évitez toute tromperie, toute op- » pression et toute injustice. »

[1] Chap. II, v. 91-122; chap. V, v. 52; chap. III, v. 60, 84; chap. VI, v. 92, 163, 192; chap. XLII, v. 11.

[2] V. ci-dessous, partie I, le § 3 sur la justice divine.

[3] « *Islam* provient de la racine *selame*, et signifie soumission, dévouement » à Dieu; de manière que quand on prononce le mot *selam*, le mot *Lillahi*, » *à Dieu*, est toujours sous-entendu. » (Langlès Chardin, VI, 174.) — Sale, dans ses *Livres sacrés de l'Orient*, p. 491; voy. aussi le chap. II, v. 121 et 125. Dieu ayant dit à Abraham : « Embrasse l'islamisme, Abraham répondit : J'ai » embrassé le culte de ce maître de l'univers! » — Voy. encore Wahl, *Introduction au Koran*, p. 10. — Richardson's *Lexikon*, p. 55. — Reinaud, I, p. 196.

tie extérieure et rituelle de la religion musulmane, a pour fondement, outre les normes hébraïques [1], les coutumes qui étaient en vigueur pendant la période païenne du peuple arabe. Dans cette combinaison, le Koran a été parfaitement approprié aux mœurs, aux habitudes et aux passions des Arabes; il s'élève en beaucoup d'endroits, à une force et à une beauté d'expressions, telles que les Arabes n'ont rien de comparable dans leur langue : cet élan de parole par inspiration est même indiqué par Mahomet comme une preuve de sa vocation de prophète [2].

Le Koran, comme on l'a déjà remarqué ci-dessus, fut promulgué, non pas dans son ensemble comme un tout, mais par portions détachées. Les motifs les plus directs furent, outre le but général de la propagation de la nouvelle doctrine, en partie différents événements de la vie publique et privée de Mahomet [3], en partie la nécessité de changer d'anciens principes et d'en établir de nouveaux [4]; c'est pour cela que les chapitres

[1] L'islamisme se rapproche beaucoup du mosaïsme, entre autres : dans l'unité de Dieu, — la vénération des prophètes, — les anges, les bons et mauvais esprits, — les ablutions et purifications, — les jeûnes, — les pèlerinages, — la règle du *keble*, c'est-à-dire la direction du corps vers l'Orient pendant la prière.

[2] Il s'appelle lui-même l'ignorant prophète, chap. VII, 155, 157. — D'après de Hammer, IV, p. 558, les versets 17 et 18 du chapitre II, de même que le verset 286 sur le trône de Dieu, — les versets sur l'unité de Dieu (chap. CXII), — sur le déluge (XI, 44), — sur la fin du monde (XCIX), et le chapitre sur les heures qui sonnent (CI), sont à placer parmi les passages les plus remarquables non-seulement du Koran, mais de tous les enthousiasmes religieux. Ce sont les versets 17 et 18 qui doivent avoir convaincu le grand poëte Lebid de la divinité du Koran, et le poussèrent à arracher une de ses poésies suspendues dans le temple de la Mecque, et à reconnaître le Koran comme l'œuvre de Dieu et Mahomet comme son prophète.

[3] Sale, *Livres sacrés de l'Orient*, p. 488. — Kolb dit dans le *Staatslexikon* de Rotteck et Welker, t. IX, p. 13 :

« Il nous paraît très-vraisemblable qu'il y eut dans Mahomet trois mo-
» biles : la poursuite d'un but ayant pour objet le bonheur du peuple, le
» fanatisme et des motifs d'égoïsme personnel. Il y a des preuves et des do-
» cuments de l'un et de l'autre. »

[4] Les écrivains musulmans ont separé les règles du Koran en règles *changées*, *mensueh*, et règles *ayant changé*, *nosieh*. Les dernières abrogent les premières, et obtiennent seules force obligatoire. Cette doctrine est une des plus importantes de l'islamisme, et repose sur les versets 100 à 103 du chapitre XVI. — Reinaud, *Monuments arabes et persans*. — Mirza Kazem-Beg, Introduction au *Müchteser-ul-Wikayet*, p. 36. — Weil, *Introduction historique au Koran*, p. 46.

n'ont point de liaison intime entre eux et ne présentent aucun arrangement systématique.

Pendant la vie de Mahomet, ces chapitres ne furent pas l'objet d'une compilation ou collection; ils se répandirent détachés et manuscrits parmi les sectateurs de la nouvelle doctrine, et ce n'est qu'après la mort du prophète, et sur l'ordre du chalife Abu Bekr que Zeid-Ibn-Thobit réunit toutes ces pièces éparses qui composent le Koran dans tout son contenu, divisé en 114 chapitres, en l'année 13 de l'hégire[1] (634 après Jésus-Christ)[2]. Mahomet enjoignit vivement à tous ses sectateurs, sous promesse d'une récompense dans la vie future, d'apprendre par cœur les versets du Koran le plus que possible. C'est pour cela que les mahométans primitifs apprirent le Koran par cœur, et il y en a beaucoup aujourd'hui qui le possèdent tout entier de mémoire : ce sont ceux qu'on appelle *hafiz*, c'est-à-dire savants, ou gens qui savent les choses à fond.

Cette mnémonique, quoique moyen efficace pour graver les versets du Koran dans le souvenir du peuple, donna lieu néanmoins, à raison de la diversité des temps et des lieux, à diverses interprétations et significations. Il y en eut des copies avec variantes; plusieurs de ces copies se trouvaient en la possession de personnages qui jouissaient d'une haute considération, soit de la part du prophète lui-même, soit auprès du peuple, parmi lesquels on cite : Ali, Ubbei-ben-Kaab, Ibn-Masud, Ibn-Umme, Ebd-Othman, Zeid-Ibn-Thobit, Saad-ben-Az, Ibn-Zubeir et d'autres encore[3]. C'est ainsi que, suivant l'avis concordant des écrivains musulmans, on vit surgir sept leçons différentes du texte du Koran. Le savant docteur Weil à Heidelberg, dans son estimable ouvrage : *Introduction historique et critique au Koran* (en allemand, 1844, p. 48), pense

[1] L'hégire est la fuite de Mahomet de la Mecque à Médine, en l'année 622 de l'ère chrétienne. D'après l'historien Tabari, c'est le prophète Mahomet qui aurait lui-même fixé le point de départ de l'hégire; mais suivant d'autres historiens, cette fixation serait l'œuvre du calife Omar, sur le conseil d'Ali.— Voy. l'*Histoire des califes*, par le docteur Weil, t. I.

[2] Le Koran contient 114 chapitres et 6,225 versets dans l'édition qu'en a donnée le khalife Othman. De Hammer pense que c'est Othman qui a réuni ces pièces éparses et a ainsi assuré la conservation du Koran.

[3] D'après l'historien Nawawi, Mahomet doit avoir dit : « Prenez le Koran » de ces quatre hommes : Abd-Allah-Ibn-Masud-Sâlim, l'affranchi de Abu-» Hudsafa, Muads et Ubei-Ibn-Kaab. »

que ces différences ne provenaient pas seulement des nuances entre les dialectes et ne constituaient point de simples variantes de langage, mais qu'elles étaient de vraies dissidences de fond. Nous pensons néanmoins qu'il est vraisemblable que la cause première de ces variations du texte est à attribuer principalement à la variété des dialectes arabes dans lesquels les chapitres ont été rédigés.

Sous le chalifat de Othman, les anciens disciples et compagnons de Mahomet[1] entreprirent une revue et une correction des divers exemplaires du Koran, et l'édition qui en résulta, et dans laquelle Othman admit comme fondamental le dialecte koreischite, fut envoyée dans tous les pays où l'islamisme avait pris racine. Les exemplaires antérieurs furent recueillis de tous côtés et anéantis. C'est dans cet état que depuis lors le Koran s'est maintenu jusqu'à ce jour[2].

[1] Weil, dans son *Histoire des califes*, I, 167, rapporte en citant l'historien Dsahabi, p. 171, que, sous le gouvernement du calife Othman, Zeid-Ibn-Thobilt doit avoir fait une copie du Koran sous la dictée de Saad-Ibn-Az. Au contraire, et d'après l'ouvrage *Führist ul-'ulum*, Othman doit avoir fait rédiger par Zeid-Ibn-Thobit, — Abd-Allah-ben-el-Zubeir, — Saad-ben-Az — et Abd-errahman-ben-el-Harith-ben-Hischam, — quatre copies des feuillets conservés chez Aische, la veuve du prophète, qui furent envoyés dans les quatre coins du monde, après quoi on recueillit pour les brûler tous les exemplaires antérieurs. — Voy. le *Recueil de la Société orientale d'Allemagne*, 1845-46, p. 66.

[2] La rédaction du Koran par Othman a donné lieu à de vives controverses parmi les musulmans. Othman a fait reviser le Koran, non point par les plus savants hommes de son temps, mais par ceux qui lui étaient le plus dévoués; la preuve, c'est qu'il n'a point appelé dans cette commission Abd-Allah-Ibn-Masud, l'un des meilleurs interprètes du Koran, au dire de Mahomet lui-même. Aussi y fit-on non-seulement des fautes d'orthographe et de linguistique, mais encore des modifications et des mutilations de passages entiers. (Weil, *Hist. des khalifes*, I, 167.) Ce sont surtout les partisans d'Ali qui protestèrent contre la sincérité des éditions du Koran données par les soins d'Othman. Suivant eux, non-seulement on n'avait pas pour ces éditions consulté le texte de l'exemplaire possédé par Ali, mais on y avait même supprimé des passages entiers concernant Ali. C'est ainsi que les schiites ou sectateurs d'Ali prétendent qu'on a omis dans l'édition d'Othman tout le chapitre *Nurein*, les deux astres (Mahomet et Ali). Garcin de Tassy a donné dans le *Journal asiatique*, cahier de mai 1842, une édition et traduction de ce chapitre, extrait de l'ouvrage de *Mühsin-Fani*. Mais Mirza Kazem-Beg, professeur primitivement à l'université de Kassan (et aujourd'hui à celle de Saint-Pétersbourg), a contesté l'exactitude de cette édition, *Journ. asiat.*, 1843. — Comp. le docteur Weil, dans son *Introduct. au Koran*, p. 80, 81.

Le Koran comprend les préceptes fondamentaux pour toutes les relations de la vie des musulmans; il contient les lois religieuses, civiles et criminelles, des règlements politiques, administratifs et d'économie sociale, des prescriptions relatives à la vie publique et privée, en un mot, tout ce qui peut avoir trait au gouvernement et à l'administration d'un peuple comme à sa vie privée.

Le système du Koran peut, quant à son contenu essentiel, être divisé en deux parties essentielles : la partie dogmatique *Usul ed-din*, et la partie rituelle ou pratique *Feru' ed-din*.

Dans la partie dogmatique, se rangent :

1) L'admission du Koran, comme du dernier et du plus parfait livre que Dieu ait lui-même publié. Les trois livres révélés antérieurement au Koran, savoir : le Pentateuque de Moïse, *Taurot;* les Psaumes de David, *Zebur*, et le Nouveau Testament, *Endjil*, ne sont pas rejetés par Mahomet, mais il met leur valeur au-dessous de celle de son livre;

2) La croyance à l'unité de Dieu, ce qui lui fait repousser aussi bien l'idolâtrie arabe que la doctrine chrétienne de la Trinité;

3) La foi en Mahomet comme le dernier et le plus grand des prophètes[1];

4) Croire que c'est Dieu qui gouverne le monde et qu'il a d'avance fixé le sort des humains (prédestination);

5) Croire à l'existence des anges et des démons, c'est-à-dire de bons et de mauvais esprits (*melek* et *djinn*);

6) Croire à la chute du premier homme par la tentation de Satan;

7) Croire à la résurrection des morts et au jugement dernier;

8) Croire aux peines et aux récompenses d'une vie future, au paradis et à l'enfer;

9) Admettre les qualités ou attributs de Dieu;

10) Enfin, admettre le redressement de quelques fausses interprétations de certains passages de l'ancien et du nouveau

[1] D'après les traditions musulmanes il y a eu, depuis Adam jusqu'à Mahomet, 124 mille prophètes et apôtres, dont 6 seulement ont été directement chargés par Dieu de communiquer ses ordres au genre humain et de lui donner des lois nouvelles : Adam, Noé, Abraham, Moïse, Jésus et Mahomet.

Testament, fausses interprétations émanées des écrivains hébreux et chrétiens.

La seconde partie, rituelle ou pratique, renferme les prescriptions sur :

1) Les prières, avec tous les rites qui s'y rapportent, indication des heures auxquelles elles doivent être faites et des formules suivant lesquelles elles doivent être récitées ;

2) L'ablution et la purification du corps avant la prière et dans différentes autres circonstances;

3) Le service divin à la mosquée le vendredi et les jours de fête ;

4) Le jeûne du Ramazan ;

5) Les aumônes ordonnées par la loi ;

6) Le pèlerinage à la Mecque ;

7) La célébration solennelle de certains jours et mois ;

8) La guerre sacrée pour la propagation de l'islamisme ;

A quoi il faut enfin ajouter :

9) Les prescriptions rituelles sévères relatives à certaines actions dans les divers actes juridiques, civils et criminels [1].

[1] Les chapitres principaux du Koran renfermant des préceptes sur les affaires de la vie ordinaire sont les suivants :

Le chapitre II « *la vache* » traite des testaments, des jeûnes, des pèlerinages, des aumônes, de la guerre contre les infidèles, du mariage, du serment, du divorce, du don matutinal, de la tutelle, des nourrices, des prières, de l'usure, des contrats et des témoins.

Le chapitre IV « *les femmes* » embrasse les règles sur les orphelins et leur patrimoine, les tuteurs, la dot, le partage des successions, la prostitution, l'adultère, la pédérastie, le mariage, les noces prohibées, les châtiments des femmes, la miséricorde, l'avarice, les formes de la prière et de l'ablution, la soumission à l'autorité, la guerre sainte, le meurtre et le témoignage.

Le chapitre IX « *l'expiation* » donne des détails sur la division de l'année en douze mois, sur les quatre mois sacrés, sur la guerre sainte et sur le serment.

Le chapitre XVII « *le voyage nocturne* » contient des préceptes sur la prédestination, sur la confession, sur le meurtre, sur la vengeance, sur les biens des pupilles, sur la prière

Le chapitre XXIV « *la lumière* » traite de la peine de l'adultère, de la diffamation, de la violation de domicile, de l'habillement des femmes, de l'affranchissement des esclaves, du rapport des maîtres et de leurs serviteurs.

Enfin le chapitre LX « *la mise en épreuve* » donne des prescriptions concernant le mariage, la dot, etc.

Très-imparfait comme Code de lois, sans système et sans méthode intérieure, plein de contradictions, de répétitions, de passages obscurs et équivoques, superficiel dans beaucoup de règles importantes, complétement muet sur un grand nombre des principaux dogmes et lois, mais néanmoins en harmonie avec l'organisation simple et patriarchale de la vie civile et politique du peuple arabe et avec le degré peu élevé de sa civilisation; le Koran dut, après la mort de Mahomet, ne plus suffire comme règle de conduite dans toutes les questions théologiques, c'est-à-dire suivant les idées asiatiques, dans toutes les questions dogmatiques, rituelles et juridiques.

On se vit dès lors contraint, là où la lettre du Koran faisait défaut, de recourir aux explications orales du prophète et aux exemples de sa vie publique et privée [1], et, quand cette source venait à tarir malgré la facilité, comme le remarque très-finement le docteur Weill, de faire toujours jaillir cette source, d'élever à la hauteur de prescriptions religieuses et de principes de doctrine, les décisions des imans, c'est-à-dire des kalifes (Abubekr, Omar, Othman et Ali), qui étaient investis de la plus haute autorité spirituelle. Pour constituer définitivement le système religieux et juridique de l'islamisme, on donna également force de loi aux ordres et aux décrets des successeurs des quatre kalifes et des müdjehides du premier siècle de l'hégire, c'est-à-dire des fondateurs des divers sectes de la religion qui disaient appuyer leurs principes sur les décisions du prophète et des imans.

De sorte que le premier siècle de l'hégire vit s'élever un édifice de religion qui prit de continuels accroissements, renfermant des théories de politique, de droit privé et de pure théologie, et qui tendait, comme le seul et véritable islamisme révélé par Dieu à Mahomet, à valoir universellement [2].

[1] Le docteur Ludolf Krehl, dans son article sur le Sahih de Buchari, détermine de la manière suivante, et d'après les auteurs musulmans, la différence qu'il y a entre le Koran, — la tradition divine et la tradition du prophète :

« Le Koran provient, d'après son nom et son esprit intime, de Dieu : — » la tradition divine provient de Dieu d'après son esprit intime, mais, d'a- » près son nom, de l'envoyé de Dieu ; — tandis que la tradition du prophète » ne provient que de celui-ci, tant sous le rapport de l'expression que sous » celui de l'esprit. »

[2] De Hammer donne dans son célèbre ouvrage *Geschichte des osmanischen*

La base principale de l'islamisme était, comme on l'a déjà dit, le Koran; les parties accessoires furent :

1) Les *hedith*, c'est-à-dire la tradition des explications orales de Mahomet, et les faits et gestes du prophète;

2) Le *idjmoé ümmet*, c'est-à-dire l'ensemble des décisions des imans ou quatre premiers successeurs de Mahomet, que les sunnites regardent comme kalifes dans le sens propre du mot, c'est-à-dire comme les chefs des musulmans, ayant remplacé absolument le prophète, et qui, sans avoir obtenu directement la tradition divine, n'en ont pas moins droit, comme chefs suprêmes légitimes, à une obéissance absolue, et dont les actions et les paroles méritent d'être imitées; enfin :

3) Le *kiyas* ou *me'ekul*, c'est-à-dire les décisions et arrêtés (préjugés) qui, dans des hypothèses semblables, étaient émanées (c'est pourquoi on les appelle aussi *e'tebor ul-emthol*) des kalifes du premier siècle de l'hégire et des fondateurs des diverses sectes de la religion.

Les actes de Mahomet non relatés dans le Koran et ses ordres oraux (les *hedith*) ne sont pas, dans la foi mahométane, susceptibles d'être observés d'une manière aussi absolue que les manifestations mêmes de la volonté de Dieu, mais ils doivent, comme décisions et actes personnels du prophète, servir de règles pour les cas que le texte du Koran n'a pas prévus. La réunion et la rédaction par écrit de ces traditions dut amener de nouveau des variantes et des contradictions. On les trouva principalement dans les *hedith* provenant de Ali, le neveu et gendre du prophète, et des principaux *eshaben* ou successeurs

Reiches, t. I, p. 92 et suiv., les quatre sources suivantes du droit public de l'islamisme :

1) Le Koran, ou la parole de Dieu;

2) La *Sunna*, ou la parole du prophète;

3) Les décisions unanimes des pères de l'Église islamique, c'est-à-dire des quatre grands imans;

4) Et le *Ürfi*, législation arbitraire qui remplit les lacunes ou supplée au silence des trois autres sources, sans pouvoir jamais les contrarier.

Alâ Ed-din, le deuxième chef des Osmans (1328 après Jésus-Christ) fut le premier qui fortifia l'empire par des lois politiques et des institutions publiques. Ces règles, qui ont été successivement accrues suivant les besoins de l'État, ont pris depuis lors le nom de *Kanun* (tiré du mot grec κανὼν), et l'on en a appelé le recueil *Kanunnameh*, ce qui ne rend pas l'idée attachée chez nous aux expressions *droit canonique*, mais ce qu'il faut traduire par droit relatif à la chose publique.

et compagnons de Mahomet; — dans ceux de Abu Hüreire, proche parent de Mahomet; — de Ibn Abbas, cousin du prophète; — de Ibn Omar, fils du kalife Omar; — de Enes Ibn Malek; — enfin de 'Aischè, fille d'Abu Bekr et veuve du prophète [1].

A part quelques questions relatives à la fixation de certains points religieux, ce furent surtout les droits personnels d'Ali et de ses descendants, qui devinrent l'objet de ces variantes et de ces contradictions dans les *hedith*, et c'est à cela qu'il faut principalement attribuer la scission de l'islamisme en sectes.

Abu Hüreire, la veuve Aïsche et les autres, déniaient notamment, dans leurs hedith, à Ali les priviléges personnels auxquels il prétendait par suite de plusieurs expressions du prophète; cela conduisit à la fin les descendants et les partisans d'Ali à rejeter toutes les traditions qui ne lui étaient pas favorables et à n'admettre que celles qui émanaient d'Ali lui-même : la conséquence fut, d'un autre côté, que les adeptes du parti qui admettait comme obligatoires tous les hedith émanés des principaux disciples du prophète, se détachèrent complétement des partisans d'Ali.

Abu Bekr fit rédiger, pendant son kalifat, un recueil des hedith fondés sur la déclaration des principaux *eshab*, et il y fit insérer aussi ceux d'Ali, en omettant néanmoins ceux qui consacreraient les priviléges personnels de cet iman.

Ce recueil d'hedith fut, par la suite des temps, augmenté par l'addition de décisions d'autres contemporains de Mahomet, et actuellement les musulmans de la secte des sunnites en possèdent six volumes, connus sous le titre de *sihohe sitteh*, c'est-à-dire six livres de traditions véritables. Ce sont notamment :

1) Le livre de Abu Abdullah Mohammed el-Buchari [2];
2) Le livre de Muslin Nischapuri;
3) Le livre de Dawud Sidjistani;

[1] Dans son introduction à l'ouvrage *Müchteser-ul-Wikayet*, page 7, le professeur Mirza Kazem-Beg nomme, outre les quatre califes et les quatre correcteurs du Koran, encore sept successeurs du prophète Mahomet qui vivaient sous le règne d'Osman. — Sur les compagnons *Eshaben*, comp. le *Recueil de Buchari*, partie II, chap. 29, et l'article du docteur Krehls, dans le *Journal de la Société orientale d'Allemagne*, t. IV, cahier 1, p. 14.

[2] Sur cet ouvrage de Buchari, voy. l'article du docteur Krehls, dans le *Journal de la Société orientale d'Allemagne*, vol. IV, cah. 1.—Jos. de Hammer, dans les *Annales viennoises*, année courante, p. 75-79.

4) Le livre de Termidsi;

5) Le livre de Nesai;

6) Le livre de Ibn Madji Kazwini [1].

Réunis au Koran, les trois éléments qui viennent d'être indiqués, à savoir : les *hedith*, le *idjmo'e ümmet* et le *kiyas*, forment la base fondamentale de la doctrine juridique des sunnites. Plus tard, les quatre fondateurs de la secte des sunnites ont encore tracé différentes règles rituelles et de conduite, dans une relation intime avec ces éléments [2].

Les musulmans de la secte des schiites n'admettent pas du tout les règles de l'idjmo'e ümmet, et parmi les traditions des successeurs du prophète, ils ne reconnaissent d'autorité qu'aux *hedith kudesi*, c'est-à-dire aux traditions qui émanent d'Ali.

Suivant la parole de Mahomet, l'islamisme devait se diviser en 73 sectes [3], et, de fait, le nombre de ces sectes est très-con-

[1] Plusieurs auteurs européens ont appelé le recueil des *Hedith* « le livre *Sunna*, » et enseignent, pour désigner la différence de la secte *sunnite* et de la secte *schiite*, que cette différence gît, non-seulement en ce que les schiites n'admettent pas les trois premiers califes comme légitimes successeurs du prophète, mais encore en ce que ces mêmes schiites rejettent le livre *Sunna*, tandis que les sunnites l'admettent comme règle absolue. Il faut s'entendre.

Il n'existe pas chez les musulmans de livre appelé *Sunna* : la *sunna* désigne l'ensemble des règles qui ont été transmises aux adeptes de l'islamisme dans les *hedith* ou traditions, et constatées ou recueillies çà et là par divers recueils. Les schiites admettent ces *hedith* aussi bien que les sunnites. Le cinquième dogme des premiers, l'*imamet*, est fondé entièrement sur des traditions. La véritable différence gît principalement en ce qui suit : Les sunnites fondent leur doctrine, surtout et sans exception, sur l'ensemble des *hedith* comme explications et confirmations des lois du Coran, et sur les décisions concordantes des premiers califes ou les décisions de la totalité des califes. C'est pour cela que les sunnites prennent aussi le nom de *Ehli sunnet we djemo'et*, c'est-à-dire sectateurs du *sunnet* et des lois de tous les califes. — Les schiites, au contraire, voient dans les *hedith* ou faits et gestes de Mahomet des compléments du Coran, et rejettent ceux qui sont en contradiction, suivant leur manière de voir, avec les règles du Coran en quelque point, et ils n'admettent pas du tout le *djemo'et* ou les décisions de l'assemblée générale.

[2] Dans la suite des temps, il parut sur les écrits des imans ou fondateurs de sectes des commentaires spéciaux sous le nom de *Scherh*, dans lesquels le texte fut appelé *Metn*. — Sur ces commentaires, *Scherh*, furent écrites des gloses appelées *Haschiyeh*.

[3] « Les musulmans disent que la religion des mages s'était divisée en » 70 croyances différentes, que le judaïsme en compte 71, le christianisme 72, » et que l'islamisme doit en renfermer 73. » (Reinaud, *Mon.*, I, p. 383.) — Comp. les ouvrages schiites sous les titres : *Discussions de Joahanno*, p. 97,

sidérable; elles se distinguent, soit par les dogmes de la foi et par les doctrines qui s'y rapportent, soit par les préceptes rituels et les règles du droit civil et du droit criminel. L'origine de cette multitude de sectes, qui souvent ne sont en désaccord que sur des points non essentiels, date principalement de la première année de l'hégire, où, par application de ces paroles du Koran :

Fe'etebru ya ülül elbob le'elleküm tüflihun.

« O peuple, examine les choses et tu trouveras la vérité. »

(paroles par lesquelles Dieu concède l'examen des articles de croyance [1]), les interprètes musulmans soumettaient les chapitres du Koran à une discussion et à une critique détaillées, et devenaient ainsi les fondateurs de sectes religieuses.

Il n'entre pas dans le domaine du présent ouvrage de donner une énumération complète de toutes les sectes de l'islamisme : il ne sera fait mention ici, avec quelques détails, que de celles qui ont des adeptes dans les provinces transcaucasiennes sous la domination russe [2].

Les sectes musulmanes les plus considérables sont la secte *sunni* et la secte *schi'e*, lesquelles se subdivisent en sous-sectes [3].

et le livre *Husniyeh*. — Voy. aussi l'*Introduction au Koran* du docteur Weil, p. 97. — Sur le nombre canonique des sectes musulmanes et sur la symbolique des nombres 70 à 73, comparez enfin l'intéressante dissertation de Steinschneider, dans le *Journal de la Société orientale d'Allemagne*, t. IV.

[1] Koran, ch. II, v. 254; ch. XLII, v. 6; ch. II, v. 117.

Mahomet s'élève contre le morcellement de l'islamisme en sectes dans les chapitres VI, 160; XXI, 96; XXIII, 54; XXVII.

[2] On trouvera des détails étendus sur les sectes de l'islamisme dans Sale, *Observat. hist. sur le mahométisme; Livres sacrés de l'Orient;* — Taylor, *Hist. du mahométisme et de ses actes.*

[3] Les adeptes de la secte *sunni* se nomment aussi *Ehli sunnet we djemo'et*, c'est-à-dire disciples du *Sunnet* et de l'*Idjmo'e*, ou bien encore *Ehli Tschehoryar*, c'est-à-dire partisans des quatre premiers califes.

« *Sunny* signifie légal, fidèle à la loi, parce que ceux qui professent cette » doctrine prétendent être les fidèles serviteurs du prophète, tant pour la » doctrine que pour les pratiques. *Chiyah* signifie compagnon, confrère. » (Chardin, VI, p. 173.)

Les schiites sont appelés, par les sunnites, *Roseri*, c'est-à-dire séparés, déchus; ils s'appellent eux-mêmes *Ehli edilet*, les justes, les vrais.

Voy. aussi, sur la différence des sectes sunnite et schiite, le célèbre ouvrage de Hammer, *Geschichte des osman. Reichs*, I, p. 704-710. — L'article du docteur Haneberg, dans le *Zeitschrift der deutsch. morgen. gesellschaft*, Bd. II, Hest.

Les différences des sectes *sunni* et *schi'e* se rapportent soit aux dogmes de la foi, soit à la partie pratique de la doctrine et aux règles du droit privé.

Ces différences, quant aux dogmes de la foi, consistent :

a) Dans l'admission et le rejet partiel de l'*imamet*, c'est-à-dire du droit héréditaire qui, selon la secte *schi'e*, appartiendrait à la race d'Ali, de régner sur le peuple musulman. Les sunnites, au contraire, ne reconnaissent point d'imans autres que les quatre premiers kalifes; selon eux, la puissance spirituelle et temporelle aurait été, après la mort du prophète, transmise régulièrement aux plus dignes par le choix du *djemo'et*, c'est-à-dire l'universalité du peuple. Chez les adeptes de la secte *schi'e* l'imamet est un des dogmes les plus importants. A leurs yeux, les trois premiers kalifes, comme tous ceux qui descendent de la race de Beni Umeiyeh (les Omeïades), et de Beni Abbas (les Abbasides), sont les usurpateurs des droits légitimes de l'iman Ali et de sa postérité : aussi regardent-ils les procédés de ces personnages non-seulement comme injustes, mais comme méprisables et exécrables. De leur côté, les sunnites n'admettent pas l'*imamet;* néanmoins, ils tiennent Ali pour un kalife légitime, mais seulement au quatrième rang, après Abu Bekr, Omar et Othman, et ils honorent en lui et dans sa race le sang de leur prophète.

b) Dans la doctrine du *tekiyeh*. Elle consiste à admettre qu'il est permis, dans les cas extrêmes où la vie est en danger [1], de ne pas confesser ou de nier sa religion. Les schiites l'ont embrassée : mais elle est repoussée par les sunnites, qui disent qu'il n'est pas permis au musulman, dans quelque occurrence que ce soit, de nier sa foi.

c) Dans la doctrine de la prédestination *cheir we scherre* du bien et du mal. Quoique les deux sectes l'admettent également, néanmoins les schiites ne croient à la prédestination que comme attribut de Dieu qui connaît d'avance la destinée future de chaque homme (prescience), mais non comme une détermination fatale et irrévocable de toutes les actions humaines. Les schiites reconnaissent donc dans l'homme le libre arbitre, le

[1] Le principe du *Tekiyeh* est fondé par les schiites sur le verset 27 du chapitre III du Koran. Cependant ce principe n'est de mise qu'au regard des musulmans des diverses sectes, mais jamais au regard des infidèles.

choix entre le bien et le mal, la pleine liberté des actions. (Voy. l'introduction au Koran du docteur Weill, p. 107.)

Les points de différence entre les deux sectes, relativement aux pratiques du culte et aux règles du droit privé, se rapportent :

a) Aux ablutions et purifications;

b) Au rite des prières;

c) Aux prescriptions à observer en matière de pèlerinages;

d) A différentes règles de droit civil et criminel, concernant notamment le mariage, la succession, le témoignage, etc. [1].

La secte schi'e se partage en plusieurs branches qui ne diffèrent cependant entre elles que sur un seul point de doctrine, l'*imamet*. Ces branches sont, d'après le livre *mûchteser nof'e*, au nombre de huit, parmi lesquelles la principale est celle des imamites, qui compte douze imans depuis Ali jusqu'à Mehdi. Cette sous-secte est la plus nombreuse parmi les schiites; ses adeptes s'appellent *nodji* (les sauvés) et soutiennent que leur doctrine est la seule vraie, la seule éclairée, la seule qui procure la béatitude [2]. En ce qui concerne les règles du culte, du droit et de la vie privée, il n'y a point entre les sous-sectes schiites de divergence qui mérite d'être notée.

La secte sunni se divise en quatre branches principales appelées du nom des personnages religieux qui ont tracé les prescriptions des pratiques du culte ou rendu des décisions faisant loi pour les questions de droit.

[1] Il sera question de ces différences en matière de droit, dans la suite de cet ouvrage, à leur place respective.

[2] D'après la tradition, comme on l'a vu ci-dessus, l'islamisme devait se partager en 73 sectes, parmi lesquelles cependant une seule devait procurer le salut, la béatitude, *nedjot*. — « Il y a 72 sectes hétérodoxes, il n'y en a » qu'une seule orthodoxe, » dit Steinschneider (*Nodjiyet*), *loc. cit.*, p. 158.

Le professeur Mirza Kazem-Beg, dans ses observations sur l'écrit de M. Garcin de Tassy, dit qu'après la mort d'Ali il y eut parmi les schiites plus de 70 sectes, et qu'actuellement il y a 22 sous-sectes.

Les sous-sectes principales des schiites sont au nombre de 3 : les Zeidites, les Ismaélites et les Imamites.

Les sous-sectes portent, d'après Mirza Kazem-Beg, les dénominations suivantes, au nombre de 22 : 1) Sabaye; 2) Kamilie; 3) Bejanie; 4) Mugizie; 5) Mensurie; 6) Chatabie; 7) Garabie; 8) Scherifie; 9) Chischamie; 10) Junusie; 11) Mefdzalie; 12) Zerarie; 13) Ischachie; 14) Abulhassanie; 15) Mûfawwidie; 16) Kaiazie; 17) Abumûslimie; 18) Herdjiye; 19) Batinie; 20) Djarudie; 21) Abterie; 22) Imamie.

terrain. Le sieur Saudemont, riverain du sentier supprimé par M. le préfet, ayant sur ce sentier une sortie attestée par une porte de derrière, et se voyant privé de ses droits d'issue et de passage, les réclama par une citation au possessoire. M. le juge de paix lui répondit, par jugement du 21 juin 1855, non plus comme au sieur Sylvain, que c'était un passage de tolérance, mais :

« Attendu que par suite d'une délibération du conseil municipal de Bois-Bernard, approuvée par l'autorité supérieure, » le sentier en litige (dit les Onze) a été cédé par la commune » au sieur Ternuick; qu'un arrêté préfectoral du mois de mai » 1854 a déclaré ce sentier supprimé comme voie communale, » et en a mis en possession ledit Ternuick; que ces faits ré» sultent des explications fournies par le défendeur et non » contredites par le demandeur;

» Que dès lors le sentier étant légalement supprimé à l'é» poque où le demandeur a intenté son action en trouble, il ne » pouvait avoir qualité pour intenter utilement une semblable » action;

» Attendu que le sieur Saudemont prétend exercer un passage » personnel *ut singuli* sur le sentier dont il s'agit, toutefois sa » demande ne reposerait sur aucun titre;

» Attendu qu'il résulte des débats et divers éléments de la » cause, que le sieur Saudemont a accès sur la voie publique » par la principale rue du village, qui le conduit sur les champs » par un chemin court et commode; qu'il n'a accès du côté du » sentier que par une trouée qu'il pratique dans sa haie en hi» ver et pour ses besoins momentanés; que par conséquent le » sentier des Onze n'est pas pour lui un sentier utile à l'exploi» tation de son héritage, ni un sentier d'enclave;

» Attendu, en droit, que le droit de passage réclamé par le » demandeur, droit de servitude discontinue, ne peut s'acquérir » que par titre; que ces divers faits et circonstances rendent de » tous points l'action intentée par le sieur Saudemont non vala» ble; nous, juge de paix, par ces divers motifs, disons que » l'action du demandeur est non recevable, l'en déboutons et le » condamnons à tous les frais et dépens. »

J'aime mieux la première opinion du juge de paix sur le sentier de Bois-Bernard. Il avait jugé que ce n'était qu'un passage de tolérance; c'était une erreur sans doute, mais elle était

claire et nette, tandis que, dans ce second jugement, les erreurs y sont amoncelées de manière qu'il est impossible de bien préciser celle qui a fait perdre le procès à Saudemont. Est-ce parce que le sentier était supprimé comme voie communale, par arrêté de M. le préfet, à l'époque à laquelle Saudemont a introduit son action, et que, par suite, il n'avait pas qualité? Il est difficile d'admettre que l'arrêté du préfet a enlevé la qualité. Est-ce parce que Saudemont agit *ut singuli?* est-ce parce que Saudemont a accès sur la voie publique par la principale rue du village, qui le conduit aux champs par un chemin court et commode? est-ce parce qu'il ne se sert du sentier qu'en hiver? est-ce parce que ce sentier n'est pas un sentier d'enclave? est-ce parce que le droit de passage réclamé par Saudemont est une servitude discontinue? C'est par toutes ces raisons à la fois, dit le jugement, sans montrer comment elles peuvent se concilier entre elles. N'importe, l'une ne vaut pas plus que l'autre, et aucune d'elles n'a été trouvée bonne, en définitive, par les tribunaux supérieurs, ainsi qu'on va en être convaincu.

Sur l'appel, le tribunal d'Arras, par jugement du 31 août 1855, en adoptant les motifs des premiers juges, confirme.

Laissons au tribunal d'Arras le soin de se réfuter lui-même; il n'a pas tardé à le faire.

Pourvoi en cassation; arrêt de rejet du 8 août 1856.

Sur le premier moyen :

« Attendu que l'action intentée par le demandeur avait pour » objet de se faire maintenir en possession d'un droit de pas- » sage sur une partie de terrain ayant formé un sentier commu- » nal dans la commune de Bois-Bernard, possession dans la- » quelle il se disait troublé par le sieur Ternuick;

» Qu'il résulte des faits déclarés par le jugement attaqué, que » le chemin en litige avait cessé d'être un sentier, ayant été » vendu par la commune, avec l'autorisation du préfet, au sieur » Ternuick;

» Attendu que cet acte administratif n'avait pas été attaqué;

» Que, dans l'état des faits, le demandeur ne pouvait être » recevable à exercer l'action pour trouble possessoire comme » habitant la commune et à ses droits;

» Que, d'autre part, pour agir comme invoquant un droit » privé de servitude de passage, il était soumis aux dispositions

» de l'article 691, qui déclare que les servitudes discontinues » ne peuvent s'établir que par titres; que, dans l'espèce, il est » déclaré par le jugement attaqué qu'il n'y avait ni titre ni en- » clave; qu'ainsi, dans ces circonstances, en déclarant la de- » mande non recevable, le jugement attaqué, loin de violer la » loi, en a fait une juste application. »

Sur le deuxième moyen :

« Attendu que devant le tribunal d'Arras jugeant en appel, le » demandeur a articulé divers faits dont il demandait à faire » preuve, et si le jugement attaqué ne donne pas de motif spé- » cial pour rejeter ces conclusions, ledit jugement, en décla- » rant par les motifs qu'il énonce à cet égard le demandeur non » recevable dans son action, a suffisamment répondu aux con- » clusions à fin de preuve; rejette. »

Le sieur Saudemont, qui n'avait jamais vu soutenir que le sentier était un sentier communal que la commune avait vendu avec l'autorisation du préfet, et qui, au contraire, avait pris communication des pièces qui établissaient que la commune avait toujours soutenu qu'elle n'était pas propriétaire, et que le sentier avait été supprimé par arrêté du préfet, le sieur Saudemont, qui n'avait jamais eu la prétention d'agir comme habitant de la commune et à ses droits, mais bien dans son intérêt privé, comme riverain ayant des droits d'issue et de passage, s'empressa de reproduire ses prétentions au pétitoire, et d'appeler la commune de Bois-Bernard en lui disant : Si le sentier a été vendu par vous, vous avez vendu ce qui ne vous appartient pas. S'il est chemin d'exploitation et s'il est sentier communal, vous n'avez pu le vendre qu'à la charge des droits des tiers. Donc l'acte de vente qui sert de base à l'arrêt de rejet ne peut avoir pour effet de me priver de mes droits.

Mais avant de continuer mon rôle de narrateur, qu'on me permette de résumer en quelques observations ma protestation contre l'arrêt de la Cour suprême du 8 avril 1856, protestation que je puis d'autant plus hasarder, que nous allons bientôt avoir pour la justifier les décisions du tribunal d'Arras et de la Cour de Douai.

La Cour de cassation rejette le pourvoi parce que la commune avait vendu le sentier. Mais ne résulte-t-il pas de nombreux arrêts de cette Cour, comme de la doctrine, que la destination même des voies publiques communales crée au public

et à chaque riverain un titre légal au droit de passer. Par suite, ce titre peut servir de fondement à l'action possessoire, et ne peut être anéanti par un arrêté préfectoral qui déclare la voie communale supprimée comme voie publique. La vente faite du terrain par la commune ne se peut pas non plus anéantir; car si une commune peut supprimer et vendre une voie communale qui lui paraît inutile, elle ne le peut jamais qu'à la charge des droits des tiers.

La Cour de cassation ajoute que Saudemont ne pouvait exercer l'action comme habitant la commune et à ses droits. C'est très-vrai, aussi Saudemont n'a-t-il jamais eu la prétention d'agir au nom et dans l'intérêt de la commune, mais bien dans son intérêt privé; il suffit de lire l'exploit introductif d'instance et les conclusions pour s'en convaincre. On y lit en effet : attendu que ce serait en vain que le sieur Ternuick chercherait dans l'article 49 de la loi de 1837, une fin de non-recevoir contre la demande de Saudemont, puisque dans la cause ce dernier n'agit pas au nom de la commune, *mais bien en son nom propre et en son nom privé.* La précaution était bonne à prendre mais elle a été inutile.

D'autre part, porte l'arrêt, le sieur Saudemont ne pouvait agir comme invoquant un droit privé de servitude de passage, parce qu'il était soumis aux dispositions de l'article 691.

Le sieur Saudemont ne réclamait pas une *servitude* de passage, mais un droit de *riverain;* il est impossible de se méprendre quand on a lu les conclusions signifiées :

« Attendu que ce n'est pas sérieusement qu'il vient soutenir » qu'il s'agit d'une servitude discontinue et non d'un chemin, » puisque lui-même a offert d'acheter ce chemin, qui sépare ses » propriétés, ainsi que le constate la délibération du conseil mu- » nicipal du 20 juin 1853, et qu'il se prévaut de l'arrêté de M. le » préfet, du 23 mai 1854, qui lui a concédé le sentier comme » un sentier public, à la charge d'en fournir un autre.

» Attendu que Saudemont soutient qu'il s'agit d'un sentier » d'exploitation et de desserte; que cette vérité a été reconnue » par le sieur Ternuick lui-même, par les actes et la déclaration, » dans sa délibération du 20 juin 1853, reconnu par les auteurs » du sieur Ternuick, ainsi que le prouve la transaction du 1er oc- » tobre 1832, consacrée par M. le préfet, par son arrêté du 23 » mai 1854, et par le tribunal d'Arras, par ses jugements des

» 11 août 1854 et 10 janvier 1855, et qu'au surplus, le sieur » Saudemont offre de prouver, si besoin. »

Le tribunal d'Arras n'a admis ni rejeté cette preuve. On s'est fait un moyen de cette omission, mais la Cour de cassation dit que le jugement était suffisamment motivé, c'est fort bien, mais comment lui faire encore application de l'art. 691, alors qu'après avoir rejeté toute idée de servitude il vient encore demander à produire des titres qu'il indique?

Malgré tout le respect que m'inspirent les décisions de la Cour suprême, je dois avouer que son arrêt du 8 avril 1856 n'a pas modifié ma conviction, je crois toujours que les sentiers communaux sont, comme les rues et les chemins, la propriété de tous, et que l'autorité qui les concède, soit par vente ou autrement peut sans doute les supprimer, mais seulement après l'accomplissement des formalités voulues par la loi et le payement d'une indemnité envers ceux qu'on dépouille de leurs droits. Je crois, par suite, que le sieur Saudemont pouvait introduire l'action dans les termes qu'il a pris, et qu'il était fondé dans sa demande, nonobstant toute vente faite par la commune et tous arrêtés pris par le préfet.

Le sieur Saudemont reporta donc ses prétentions au pétitoire, et voici ce que décida le tribunal d'Arras, par son jugement du 31 décembre 1856 :

« Attendu que, s'il est vrai de dire que les actes administra- » tifs intervenus entre l'administration et le sieur Ternuick rela- » tivement à la pied-sente dont il s'agit, n'ont été et n'ont pu » être contractés que sauf les droits des tiers et sous la réserve de » ces droits, il faut en même temps reconnaître que les habitants » de Bois-Besnard ne pouvant plus attaquer ces actes comme » habitants, qu'ils ne le peuvent que comme simples particuliers » à cause du préjudice qu'ils leur occasionneraient et des droits » acquis dont ils les priveraient, que cela posé, il faut que les » sieurs Saudemont et L., qui prétendent des droits privés sur » la pied-sente concédée au sieur Ternuick, les justifient à » l'aide de titres et de preuves quelconques, que, jusqu'à présent, » cette preuve n'a pas été faite par eux, que leur demande n'a » été appuyée que sur des articulations du fait dont la preuve » n'a pas été offerte, qu'il y a donc lieu de les déclarer non » recevables. Le tribunal prononçant en la cause continuée à cet » effet à son audience de ce jour, déclare les sieurs Saudemont

» et L. non recevables dans leur demande et les condamne aux » frais envers toutes les parties. »

Nous voilà bien loin du jugement du 10 janvier 1855, par lequel le tribunal d'Arras jugeait que la possession qu'il avait reconnue *était devenue litigieuse par suite d'actes de l'autorité administrative survenus pendant le procès;* nous voilà bien loin du jugement du 21 juin 1855, qui adopte tous les motifs contenus dans le jugement du juge de paix; nous voilà même bien loin de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1856, le tribunal accueille la prétention des sieurs Saudemont et L., et décide que les *actes administratifs n'ont pu être contractés que sauf le droit des tiers.* Ce premier hommage rendu enfin aux véritables principes, aurait sans doute satisfait ceux qui le réclamaient en vain depuis si longtemps, si, au lieu de les déclarer non recevables (on a voulu dire sans doute mal fondés) pour n'avoir pas offert la preuve de faits qui n'avaient jamais été contestés, le tribunal avait d'office et avant faire droit, ordonné telle preuve qui lui paraissait utile.

Il ne pouvait donc pas suffire au sieur Saudemont d'avoir fait triompher les principes, et force était d'interjeter appel devant la Cour de Douai pour en obtenir l'application; c'est ce qu'il fit, en offrant les preuves des faits, en cas de dénégation.

Voici l'arrêt rendu par la Cour impériale de Douai, le 13 août 1857 (2e chambre), sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Carpentier, qui, dans cette circonstance, a donné une nouvelle preuve de son érudition et du soin qu'il apporte à l'examen des affaires qui lui sont confiées :

« La Cour, attendu que, pour apprécier les prétentions des » appelants sur le sentier supprimé, il est nécessaire d'en dé- « terminer la nature;

» Attendu que reliant ensemble deux voies publiques, le che- » min de Bois-Besnard à Douai et le sentier de Bois-Besnard à » Drocourt, il était destiné à l'usage du public, non à l'exploi- » tation de quelques fonds;

» Qu'il n'est nullement nécessaire à la culture des propriétés » qui le bordent, puisque toutes ont pour tenant la rue du village;

» Qu'en raison de son peu de largeur (60 centimètres) il ne » pouvait guère servir à l'exploitation, même avec brouettes;

» Attendu que cette voie doit être considérée comme un » sentier public communal;

» Qu'elle est utile à tous, en fournissant passage à tous d'une » rue à un sentier;

» Que Ternuick a avoué lui-même cette utilité générale en » consentant à établir sur sa propriété, à quelques mètres de » distance, un sentier dans la même direction;

» Attendu qu'en 1832 les sieurs Leduc et Bruneau, aux droits » desquels se trouve Ternuick, étant sur le point d'entrer en » procès sur une question de limites, ont réglé la position et la » largeur qu'aurait le sentier dont ils ont reconnu l'existence;

» Attendu que si la commune de Bois-Besnard a cédé moyen- » nant indemnité à Ternuick tous ses droits sur ce sentier, et si » le préfet du Pas-de-Calais, en apprenant cette convention a, » après enquête, prononcé sa suppression, les droits de passage » qui seraient acquis privativement à des tiers sur le sentier, à » raison de leurs propriétés, n'en doivent pas moins être res- » pectés;

» Attendu que Saudemont et L. offrent de prouver qu'ils ont » possédé, pendant un temps plus que suffisant à prescription, » à titre privatif et en raison de leurs propriétés, un droit de » passage sur le sentier, manifesté par l'existence d'ouvertures » et de portes dans la haie qui le borde;

» Que les faits mis en avant sous les nos 1, 2 et 3 de leurs » conclusions, sont pertinents et admissibles;

» Qu'il en est autrement des faits repris sous les nos 4 et 5 qui » auraient pour but de faire considérer le sentier comme chemin » d'exploitation;

» La Cour, avant dire droit, admet L. et Saudemont à prouver » tant par titres que par témoins :

» 1° Que leur maison, dont la construction remonte à plus de » cinquante ans, a une issue sur le sentier litigieux;

» 2° Que cette issue, qui se trouve au milieu de la haie, a » pour clôture une porte qui se pose et s'enlève à volonté;

» 3° Que, de temps immémorial, il y avait des bâtiments et » un puits avant la construction de la maison, et que l'état de » la sortie n'a jamais varié au profit des habitants de l'immeuble;

» 4° Enfin, qu'ils ont prescrit le droit d'issue et le droit de » passage sur ledit sentier pour en avoir joui pendant le temps » et avec les conditions nécessaires pour prescrire;

» Ternuick, entier en preuve contraire, commet, etc.»

Cet arrêt, comme on le voit, pose nettement les principes, et

consacre les droits des sieurs L. et Saudemont; la Cour impériale de Douai n'a pas pensé, comme la Cour de cassation, que l'acte administratif était un obstacle à l'exercice de l'action des sieurs L. et Saudemont; elle a jugé, comme le tribunal d'Arras, que si la commune avait cédé ses droits et que si le préfet avait prononcé la suppression du sentier, *les droits de passage qui seraient acquis privativement à des tiers sur le sentier, à raison de leurs propriétés, n'en devaient pas moins être respectés;* la Cour impériale n'a pas voulu non plus voir, comme la Cour de cassation, un droit privé de servitude de passage dans l'action des riverains du sentier, et elle ne l'a pas repoussé, par l'application de l'article 691 du Code Napoléon; en déclarant pertinents les faits articulés subsidiairement par les appelants, et en admettant la preuve, la Cour de Douai a même formellement jugé que les droits d'issue et de passage sur un sentier communal pourraient au besoin être acquis par la prescription.

Ce sont là, à mon avis, les vrais principes que la jurisprudence fera triompher, nonobstant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1856.

Le droit des sieurs L. et Saudemont ainsi reconnu, tout le procès se trouvait réduit à une simple question de fait. Si L. et Saudemont faisaient la preuve ordonnée, ils devaient triompher; s'ils ne la faisaient pas, ils devaient succomber.

La preuve a été faite, et elle a été trouvée très-complète et très-concluante par tout le monde, mais au dernier moment, les sieurs L. et Saudemont, qui avaient déjà subi tant d'alternatives, virent surgir une difficulté toute nouvelle et qui parut assez grave pour amener un arrêt de partage; les droits des riverains n'étaient plus contestés, la preuve était trouvée complète, on était d'accord pour reconnaître que les droits des sieurs L. et Saudemont *devaient être respectés,* mais les débats se concentrèrent sur la question de savoir si ces droits ne devaient pas être convertis en une simple indemnité.

Enfin, un arrêt de partage fut rendu, trois nouveaux magistrats furent appelés, et tout fut remis en question.

M. l'avocat général Paul, aujourd'hui premier avocat général à Limoges, dont la parole avait à Douai l'autorité que donnent toujours une instruction profonde et une longue pratique, est venu, dans de très-remarquables conclusions soutenir, comme

il l'avait fait lors de l'arrêt de partage, que les droits des riverains *devaient être respectés en nature*, et qu'il n'était pas permis de les convertir en une indemnité, que d'ailleurs on ne demandait pas et qu'on n'offrait pas.

La Cour n'a pas partagé cette opinion; l'arrêt qu'elle a rendu le 26 juin 1858 (2e chambre) sera l'objet d'un troisième article.

PETIT.

ÉTUDE SUR LA POSSESSION ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

THÉORIE DE LA POSSESSION.

Par M. L.-A. MARINIER, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Rennes.

(*Suite*[1].)

ART. 2. — De l'intention de maître[2].

31. « Il est évident, dit Pothier, qu'on ne peut acquérir la possession d'une chose sans avoir la volonté de la posséder.

[1] V. t. XIV, p. 78, 131, 244.

[2] Cet élément de la possession est désigné chez les jurisconsultes romains par le mot *animus*. Il est renfermé dans l'expression *à titre de propriétaire* qui se trouve dans l'article 2229 du Code. — Nous devons parler ici d'une possession toute particulière que le *droit romain* reconnaissait chez certaines personnes qui n'avaient point l'*animus domini*; elle prend le nom de *possession dérivée*, expression qui peut se baser sur un texte du Digeste (fr. 15, § 2, 2. 8). La seule condition qu'exigeait cette possession pour son acquisition était, de la part de l'une des parties, l'intention de s'en dépouiller, de la part de l'autre celle de la recevoir.

Sous ce rapport, on a divisé les contrats en trois classes : les uns ne transmettent jamais la possession juridique; les autres la transfèrent toujours; d'autres enfin peuvent avoir ce résultat suivant les circonstances.

Dans la première classe, rentrent le mandat, le commodat, le dépôt proprement dit, le louage (fr. 1, § 22, 43. 16; fr. 9, 41. 2; fr. 8, 13. 6; fr. 3, § 20, 41. 2; fr. 25, § 1, 41. 2; fr. 6, § 2, 43. 26) et les contrats qui ne créent qu'un *jus in re*, tels qu'un usufruit ou un droit de superficie (fr. 12, pr. 41. 2; fr. 52, 41. 2; fr. 3, § 7, 43. 17).

La seconde classe renferme le gage et l'emphytéose. L'emphytéote possède la chose sur laquelle porte la concession, quoiqu'il n'ait pas l'*animus domini* dans le sens que le droit romain attache à cette expression (fr. 25, § 1, 22. 1; fr. 15, § 1, 2. 8). Le créancier gagiste acquiert, en vertu du *pignus*,

» Par exemple, on me fait entrer dans le cabinet d'une personne à qui je vais rendre visite : en l'attendant je prends un livre que je prends sur son bureau pour voir ce que c'est; il est évident que quoique je l'aie entre les mains, je n'en acquiers pas la possession, car je n'ai pas la volonté de le posséder.

» Pareillement à l'égard des héritages; si, dans un voyage, je vais coucher au château de mon ami en son absence, quoique je sois seul dans ce château, je n'en acquiers pas la possession, car je n'ai pas la volonté de l'acquérir..... » (*Traité de la possession*, chap. 4, sect. 1, § 1.)

la possession du gage en ce sens qu'il a droit d'intenter les interdits. De son côté, le débiteur continue à usucaper. Cette situation a cela de remarquable que les effets de la possession sont divisés. On est arrivé à ce résultat en partant de la nature du gage : ce contrat, ainsi que l'a observé M. Thibaut, est basé sur une pensée de défiance contre le débiteur; il faut donc que le créancier puisse librement défendre ses droits contre les tiers; il a la chose entre ses mains, rien de plus naturel que de lui accorder les interdits. Mais si l'on poussait jusqu'à ses dernières conséquences le principe en vertu duquel on attribue au créancier la possession du gage, on devrait dire que l'usucapion commencée par le débiteur est interrompue. De là un grand danger pour le créancier lui-même si le gage est *res aliena*. Aussi a-t-on fait continuer l'usucapion au profit du débiteur. Mais, à vrai dire, on ne lui reconnaît pas la possession proprement dite. On fait exception à la règle *sine possessione usucapio contingere non potest*. C'est ce qui explique pourquoi les jurisconsultes disent tantôt que le débiteur ne possède pas (*omnino non possedit*), ou qu'il possède seulement quant à l'usucapion (fr. 36, 41. 2; fr. 16, 41. 3). C'est encore à l'aide des distinctions précédentes que l'on peut se rendre compte des expressions si variées qu'on rencontre dans les textes à propos du créancier gagiste; les uns lui reconnaissant la possession du gage fr. 36, 41. 2; fr. 1, § 15, *eod. tit.*; fr. 33, § 4, 41. 3), les autres disant qu'il n'est point *possessor*, mais qu'il a cependant la possession (fr. 15, § 2, 2. 8), d'autres enfin le considérant comme possesseur *alieno nomine* (fr. 13 pr., 41. 3).

La troisième classe de contrats comprend le séquestre et le précaire. La possession pouvait être conférée au séquestre par une convention expresse, à défaut de laquelle il n'avait que la détention (fr. 39, 41. 2; fr. 17, § 1, 16. 3). Le précariste (voyez ci-après, n° 34, le sens de ce mot en droit romain) avait aussi la possession; mais à la différence du séquestre, il fallait une clause expresse pour l'en dépouiller et non pour l'en investir (fr. 4, § 1, 43. 26; fr. 10, pr., et § 1, 41. 2).

Cette possession dérivée est complétement étrangère aux principes du droit français; elle formait dans la législation romaine une exception qui n'a point été reproduite dans la nôtre. Nous reconnaissons aujourd'hui qu'une même chose peut être possédée, sous différents rapports, par plusieurs personnes; mais, en ce cas, la possession de l'une n'est pas exclusive de celle de l'autre. Nous n'avons pas de possession *quantum ad usucapionem*.

Telle est l'idée générale qu'on doit se faire de l'intention de maître.

Néanmoins il importe de s'y arrêter pour en préciser le caractère essentiel, afin de pouvoir en découvrir l'existence dans les différentes situations qui se présentent, ou signaler les circonstances qui en sont exclusives.

Nous avons indiqué comme base de la possession le respect qui est dû à la personnalité humaine. Il faut dire qu'au nombre de ses éléments figure l'expression de l'individualité. Sous ce rapport, nous définirons l'*animus domini : l'intention de jouir d'une chose en vertu de sa seule volonté.* La personnalité gît tout entière dans la liberté et la volonté.

Cette intention entraîne nécessairement une certaine exclusion d'autrui ; autrement il n'y aurait là qu'un acte empreint de timidité ou de tolérance. Cependant l'exclusion peut avoir des limites. Nous en trouvons un exemple dans la possession indivise et dans la coexistence de plusieurs possessions différentes sur une même chose, telles que celles d'un usufruitier, d'un usager, d'un nu-propriétaire. Il suffit que l'exclusion porte sur la possession telle qu'elle s'est exercée et qu'on a entendu l'acquérir.

Remarquons que l'exclusion limitée n'entache point nécessairement la possession de précarité, quoiqu'elle emporte implicitement reconnaissance du droit d'autrui. Parmi les possesseurs que nous venons de nommer, il en est dont la possession n'est précaire sous aucun rapport : telle est celle d'un possesseur par indivis. Il en est d'autres, au contraire, dont la possession est à double face, *animo domini* d'une part, et *alieno nomine* de l'autre ; telle est celle de l'usufruitier. La reconnaissance du droit d'autrui n'engendre la précarité qu'autant qu'elle a été faite comme *condition* de la *remise* de la chose, sur laquelle ce droit devait persévérer malgré la livraison. En effet, elle n'emporte défaut d'*animus domini* à l'origine de l'appréhension de la chose, qu'autant qu'elle forme un tout indivisible avec le fait investitif.

Ce que nous disons de la reconnaissance du droit d'autrui s'applique à l'obligation de restituer, car elle ne peut être exclusive de l'*animus domini* que par la reconnaissance implicite qu'elle renferme.

Nous devons faire ici une observation féconde en consé-

quences. Sous le rapport qui nous occupe, la possession et la détention correspondent à la grande division des droits, en droits réels et droits personnels. Le droit réel est celui qui s'exerce sur la chose sans le concours d'une autre personne. La possession proprement dite consiste dans une relation établie directement entre le possesseur et la chose, et en vertu de sa seule volonté[1]. Le droit personnel n'atteint la chose que par l'intermédiaire du débiteur; le détenteur ne tient la chose que par la volonté de celui qu'il représente (volonté obligatoire, il est vrai, dans la plupart des cas). Aussi, en général, la possession correspondra, en fait, à l'exercice des droits réels[2], la détention à celui des droits personnels.

32. L'intention de maître a pour opposé la précarité et la tolérance. Nous sommes ainsi amené à traiter de ces deux points, car tout ce qui touche à l'*animus domini* rentre plutôt dans la théorie de l'acquisition de la possession que dans celle de ses caractères. L'idée de maîtrise est non une qualité de la possession, mais son essence. Aussi l'article 2229 est-il inexact en mettant sur la même ligne toutes les circonstances qu'il énumère, et en les rangeant dans les caractères de la possession[3]. Le Code s'est plus rapproché de la vérité en voyant dans la précarité une cause qui empêche la possession et la prescription de commencer. (Liv. III, tit. 20, ch. 3.)

Après avoir traité de la précarité et de la tolérance, nous dirons quelques mots de ce qu'on est convenu d'appeler dans la doctrine les actes de pure faculté, point qui se rattache à la matière que nous exposons en ce moment.

A. — De la précarité.

33. Dans un premier paragraphe, nous rechercherons les éléments et les effets de la précarité. — Dans un second, nous

[1] Nous disons cela pour exclure tout tiers par rapport auquel le possesseur se trouverait dans une position de subordination et de dépendance, mais non celui qui, étant son représentant, devient ainsi l'instrument de sa possession.

[2] Cela ne s'entend que des droits réels qui, dans leur exercice, supposent des faits accomplis sur la chose. Il n'en est pas ainsi de l'hypothèque, qui ne donne aucune possession au créancier.

[3] Peut-être cela tient-il à ce qu'en droit romain le précaire n'était qu'un vice de la possession. On n'a pas été assez frappé de la grande différence qui existe entre le *precarium* des Romains et le précaire du droit français.

signalerons les circonstances où elle se rencontre; là se placera l'énumération des détenteurs pour autrui. — Dans un troisième, nous étudierons la manière dont la précarité peut ou non se transmettre aux ayants cause des détenteurs. — Un quatrième et dernier paragraphe sera consacré aux interversions de possession.

§ 1. — *De la nature et des effets de la précarité.*

I. Notion du précaire en droit romain.
II. De la précarité en droit français.
III. Ses effets.

I.

34. En droit romain, le précaire (*precarium*) était une concession faite par une personne à une autre et révocable à la volonté du concédant. Ce contrat produisait des effets curieux : si les parties n'avaient point dérogé par une clause expresse aux règles qui étaient de sa nature, la possession passait au concessionnaire qui avait droit aux interdits, vis-à-vis de tous, excepté du concédant [1]. Cependant on pouvait convenir que ce dernier conserverait la possession juridique. Les jurisconsultes romains assimilaient alors le précariste à un fermier : *Is qui rogavit*, dit Ulpien, UT IN FUNDO MORETUR, *non possidet : sed possessio apud eum qui concessit remanet : nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen non possident* [2].

Nos anciens auteurs, s'emparant de la remarque d'Ulpien, appliquèrent la dénomination de possesseurs précaires à tous ceux par l'entremise desquels nous conservons la possession. Ils y étaient, au reste, portés par les constitutions impériales elles-mêmes, qui avaient déjà généralisé cette expression [3]. En outre, le mot *peccarium* était bien plus facile à traduire que la circonlocution *sunt in possessione*, dont se servaient souvent les jurisconsultes romains pour désigner les détenteurs du bien d'autrui [4].

[1] Fr. 17, 43. 26.

[2] Fr. 6, § 2, 43. 26.

[3] C. 2, au Code, liv. VII, tit. 39.

[4] Expression qui pour eux désignait un état de fait (par opposition à un état de droit); de même que celle-ci : *Esse in libertate, esse in servitute.*

II.

35. En droit français, la jouissance précaire est celle qui a sa base dans une remise de la chose, faite moyennant la reconnaissance du droit d'autrui, qui doit survivre à la livraison. Ce point résulte de ce que nous avons dit précédemment (n° 31). L'obligation de restituer, inhérente à la précarité, se rattache à ce fait que le concédant n'aliène point son droit dans la chose.

Du principe que nous venons de poser, il suit que ni la reconnaissance du droit d'autrui, ni l'obligation de livrer, ne constitue à elle seule la précarité. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer qu'en mettant dans le précaire un obstacle à la possession, la loi a sans doute été guidée par cette idée que celui qui avait obtenu la détention de la chose en assurant au maître de n'élever sur elle aucune prétention, mais de la tenir en son nom, ne devait point profiter de cette situation lorsqu'il venait à changer de langage. Dans ce but, elle frappe sa volonté d'impuissance tant qu'il n'y a pas eu interversion [1].

III.

36. La précarité produit des effets qui lui sont propres, tant dans la personne du détenteur que dans celle du maître. D'une part, elle procure à celui-ci la possession de la chose, sans aucune participation active; de l'autre, elle empêche qu'une possession utile puisse prendre naissance en la personne du premier. — Cette conséquence déroule de la relation juridique engendrée par le contrat; elle n'est que l'exécution de la volonté des parties : le détenteur n'élève aucune prétention personnelle sur la chose, et entend la tenir au nom du maître; celui-ci n'a point voulu se dépouiller de la possession, mais seulement s'en égargner les inconvénients, en en confiant l'*exercice* à un représentant.

37. Tels sont *ab initio* les effets de tout contrat en vertu duquel la possession s'exerce au nom d'autrui. Mais le droit civil est allé plus loin en faisant continuer ces effets malgré la volonté contraire du détenteur, tant qu'elle n'est pas manifestée d'une certaine manière (art. 2236 et 2238 C. Nap.) En sorte que l'impossibilité de posséder subsiste pour lui, non-seulement

[1] Voyez le sens de ce mot au § 4 de la précarité.

pendant l'exécution du contrat et sa durée, mais même postérieurement.

Cette règle de droit positif se formule de la manière suivante : nul ne peut se changer à lui-même le principe et la cause de sa possession (art. 2240 C. Nap.) Nous montrerons par la suite que toute cette partie de la théorie de la précarité n'est due qu'à une fausse interprétation des lois romaines.

Nos anciens auteurs enseignaient qu'à l'inverse la possession du maître persévérait malgré les actes contraires du détenteur. Ils considéraient cette proposition comme la conséquence de la précédente : « Quand même, dit Pothier, celui qui a commencé d'être en possession pour moi et en mon nom, changerait de volonté et aurait la volonté de ne la plus détenir en mon nom mais au sien, il serait toujours censé la détenir en mon nom, *et je continuerais de posséder par lui mon héritage*[1]. Pothier en donne pour raison l'adage cité ci-dessus et voit là une différence entre l'acquisition et la conservation de la possession.

Sous l'empire du Code, MM. Troplong[2] et Belime[3] reproduisent sans hésitation cette doctrine. Cependant il est bon d'observer que déjà dans l'ancien droit elle avait été contestée. Dunod, qui certes ne sera pas taxé d'avoir été novateur, s'exprimait ainsi : Il en est de même (c'est-à-dire il y a interruption de la prescription) dans le cas de la consolidation, comme si après l'usufruit fini, l'héritier de l'usufruitier continuait à jouir, car le propriétaire perdrait en ce cas sa possession civile (Dunod, *Prescrip.*, p. 21). Dunod assimilait ainsi l'héritier de l'usufruitier à un tiers, quant à l'interruption de la possession du nu-propriétaire. Cependant le même auteur enseignait que l'héritier de l'usufruitier ne pouvait commencer une possession utile pour prescrire[4]. Nous croyons que la théorie de Dunod est celle qui doit prévaloir aujourd'hui, parce qu'elle seule est fondée sur les principes.

La question[5] a de l'importance si le bailleur veut recouvrer

[1] *Traité de la possession*, n° 60.
[2] *Prescription*, t. I, n°s 268, 269.
[3] *Traité du droit de possession*, n° 107.
[4] Dunod, p. 35.
[5] Il est inutile d'observer que nous supposons que le changement de volonté du preneur, et les actes qui l'ont manifesté, ne constituent point une

sa chose par la voie possessoire contre l'ex-fermier qui refuserait de la lui rendre, s'il veut faire réprimer par la même voie le trouble d'un tiers, ou invoquer la prescription soit comme moyen de défense à une action en revendication, soit comme moyen d'action contre un nouveau possesseur.

Pour pouvoir posséder par autrui, il faut que le représentant se pose comme agissant au nom du représenté, et qu'en outre une relation juridique existe entre ces deux personnes (c'est au reste ce qu'indiquent les mots *représentant* et *représenté* dont nous nous servons). Or, dans l'espèce, l'ex-preneur ne se pose plus comme agissant au nom du bailleur; aucun lien juridique n'existe entre eux, puisque le bail a cessé d'exister.

La prétendue corrélation qu'on veut établir, entre l'impossibilité dans laquelle est placé le détenteur de commencer à posséder pour lui, et la continuation de la possession du maître [1], n'est rien moins que prouvée. De ce que je ne peux posséder en mon nom, il s'ensuit uniquement que la loi ne tient aucun compte de mon changement de volonté s'il ne constitue pas une interversion. Mais l'absence d'*animus domini* de ma part, ne suffit pas pour qu'un tiers puisse se prévaloir de mes actes, il faut qu'un certain rapport existe entre nous deux. Or c'est précisément ce qui fait défaut dans l'espèce, on ne peut donc pas suppléer au silence de la loi sur la conservation de la possession du maître par la disposition de l'article 2240. C'est ici un exemple frappant des fausses conséquences où une interprétation erronée de lois romaines, a conduit quelquefois nos anciens auteurs. Ils étaient allés beaucoup plus loin que les jurisconsultes romains dans leur manière d'entendre la règle que personne ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. Partant de ce faux point de vue ils voulurent y rattacher des conséquences vraiment exorbitantes.

La distinction que nous proposons d'établir, entre l'impossibilité de prescrire de la part du détenteur et la continuation de la possession du maître, nous semble fondée en raison. Autre chose est de se voir à l'abri de toute exception de prescription

interversion de possession. Nous prévoyons d'abord le cas où ce changement est intervenu après l'expiration du bail, sans qu'il y ait eu tacite réconduction (art. 1739 C. Nap.).

[1] Par ce mot nous entendons celui au nom duquel la possession s'était exercée.

de la part d'un preneur, autre chose de conserver malgré sa propre négligence une possession qui ne pourrait se concevoir que par une fiction exagérée de la loi. Dans un cas on demande à ne pas perdre sa propriété, dans l'autre on veut acquérir, car tel est l'effet de sa prolongation de la possession; ces points sont donc bien distincts, et si l'on peut s'expliquer comment le législateur a consacré le premier autant en haine du détenteur infidèle que par faveur pour le maître, il n'en est pas de même du second.

Il nous faut maintenant répondre aux objections qu'on pourrait nous adresser : une première consisterait à dire, que, d'après notre solution, il arriverait que la possession ne serait à personne, ni à l'ex-bailleur ni à l'ex-preneur. A cela nous répondrons que ce résultat n'a rien en soi d'inadmissible, il est facile de trouver des situations analogues; ainsi au cas de possession délictueuse de la part d'un usurpateur la possession ancienne disparaît[1], et cependant celle de l'usurpateur est inefficace pour le conduire à la prescription, la loi ne voit là qu'un délit; la possession utile n'appartient à personne.

On pourrait peut-être argumenter encore de l'article 2231. Ce ne serait au fond que l'objection tirée de l'article 2240; mais elle acquiert une nouvelle force en présence des termes de la loi : « Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire. » On pourrait en conclure, que, tant qu'il n'y a pas interversion, le fermier possède pour le bailleur, et que, par voie de conséquence, celui-ci conserve la possession malgré sa négligence. — A cela, deux réponses : — 1° cet article ne règle qu'une question de preuve. Il est spécial au cas où la prescription est opposée par une personne qu'on prétend être détenteur précaire, et complétement étranger à celui où, comme dans notre espèce, le maître invoque lui-même sa possession *per alienam personam*, pour en faire résulter à son profit soit l'action possessoire, soit la prescription. C'est là une nuance que nous avons indiquée déjà. L'article 2231 a eu pour objet de mettre à la charge du détenteur la preuve de l'*interversion* quand sa précarité a été établie. — 2° Si l'on prétend que l'article s'ap-

[1] Art. 2243. — La loi attache l'interruption à la privation de jouissance, sans exiger que la possession soit acquise à l'usurpateur.

plique aux deux situations ci-dessus indiquées, nous répondrons qu'il ne détermine point la *nature* des preuves, mais seulement l'ordre dans lequel elles doivent être administrées. Ces mots *sauf la preuve contraire* sont généraux; et au cas qui nous occupe, cette preuve résultera non pas seulement d'une interversion, mais encore de la production d'un congé, de l'expiration même du bail et des actes du preneur qui dénotent son intention de ne plus posséder au nom du bailleur.

Pour compléter cette théorie, nous devons faire les deux observations suivantes : — Si le détenteur précaire, même après l'expiration du contrat, continue à détenir la chose au nom du maître, et à se comporter en conséquence, celui-ci conserve la possession, attendu qu'elle peut s'acquérir et se conserver par un *negotiorum gestor*. — La possession du maître se conserve encore dans l'année qui suit les actes par lesquels le premier a révélé l'intention de posséder en son propre nom (art. 2243 C. Nap.) Mais après l'expiration de l'année, le maître qui voudrait recouvrer sa chose serait obligé d'intenter l'action résultant du contrat ou la revendication. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, la loi attache l'interruption à la privation de jouissance et non à l'acquisition de la possession par le tiers. On n'appliquerait pas ici les règles qui régissent la perte de la possession par le non-usage. Le juge n'a point une appréciation aussi large qu'en cette dernière circonstance, une fois l'année expirée, la possession est perdue par suite de la privation de jouissance (art. 2243.)

Ce que nous venons de dire du cas où le détenteur précaire manifeste, après l'expiration du contrat, l'intention de posséder pour lui, devrait s'étendre à celui, où le contrat subsistant encore, il refuserait de se restreindre dans ses limites et se comporterait en maître. Il y a même raison de décider : le *factum* de la possession du bailleur fait défaut si le détenteur n'agit pas au nom du bailleur; dès ce moment il y a privation de jouissance.

Nous apercevons ainsi une différence dans les effets de la précarité, à l'égard du représentant, elle produit un obstacle perpétuel à la prescription, à l'égard du représenté, un avantage susceptible de disparaître.

38. Nous n'avons pas besoin d'insister sur le caractère absolu qu'a dans notre droit l'absence de possession juridique chez le

détenteur *alieno nomine*. Cela résulte de ce que l'*animus domini* dont il est privé, est un élément *essentiel* et *intrinsèque* de la possession. L.-A. MARINIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DU CARACTÈRE, DE LA PROGRESSION ET DE L'EMPLOI DES IMPOTS.

Par M. A. Carette, docteur en droit,
ancien avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État.

Je suis bien loin de croire avec quelques esprits chagrins, que le développement de la civilisation ramène infailliblement les hommes à la barbarie; je n'admets pas les *corsi e ricorsi* de Vico. Non, l'humanité n'est pas condamnée à tourner dans un cercle immense pour revenir, après un certain nombre de siècles, précisément à son point de départ. Que les astres accomplissent ainsi fatalement, guidés par le doigt de Dieu, leurs révolutions elliptiques, c'est bon pour eux, c'est bon pour la matière. Mais l'homme n'est pas sorti intelligent et libre des mains du créateur pour tourner ainsi indéfiniment autour d'un centre ou sur lui-même : sa destinée n'est pas de marcher sans avancer. Il avance au contraire incessamment : mais, chose bizarre, cette marche continue, ce progrès constant finissent par produire un effet analogue à celui qui se manifeste à l'origine des sociétés humaines, je veux dire une espèce de participation de tous à la jouissance des biens de chacun.

Au début de la vie des nations, le *tien* et le *mien* sont très-peu distincts : c'est le temps de la jouissance en commun. Il n'y a pas encore de limites territoriales; tout appartient à tous et les fruits que la terre produit spontanément deviennent la légitime propriété de celui qui les récolte.

Le premier pas vers le système de la propriété divise, c'est la culture et l'ensemencement : car il est naturel que celui qui a préparé et ensemencé la terre, en recueille les produits. De là à l'appropriation complète et perpétuelle du sol, il n'y a qu'un pas : voilà l'origine de la propriété.

Qu'elle ait été longtemps exclusive, égoïste, c'est incontes-

table, et il n'y a pas lieu de s'en étonner. L'homme a dû d'abord ne penser qu'à lui et se préférer à tous. Mais la nature lui a bientôt appris à préférer à lui-même ceux dont elle a profondément gravé l'amour dans son cœur, sa compagne, ses enfants. Aux enfants elle a inculqué la reconnaissance et la tendresse pour leurs parents. Puis, elle a appris aux frères et sœurs, et, de proche en proche, aux membres de la même famille à s'aimer entre eux. Un lien analogue, quoique plus faible, s'est pareillement établi entre les habitants de la même ville, entre les citoyens du même État. Enfin, la philosophie d'abord, le christianisme surtout ont appris aux cœurs bien nés à embrasser en quelque sorte l'humanité tout entière dans cet amour universel qui s'appelle *charité;* et, peu à peu, l'esclavage a disparu, et toutes les barrières que les préjugés avaient élevées entre les différentes familles humaines, se sont abaissées.

On a bientôt compris aussi que les avantages de l'état social ne devaient pas être seulement pour quelques-uns, et que la société avait le droit de demander à chacun de ses membres de contribuer au bien-être de tous.

Cette idée, qui a successivement fait établir les divers impôts, a fait chercher en même temps à les répartir aussi équitablement que possible, et à employer le produit de la manière le plus généralement utile; d'où il est arrivé que la propriété, soumise à des sacrifices qui tournent au bien-être général, est devenue plus ou moins la propriété de tout le monde, ceux-là même qui ne sont pas propriétaires arrivant de proche en proche à participer à ses avantages.

Ce caractère, nous dirions presque, si nous l'osions, communiste de la propriété, se trahit et par les charges de diverse nature qui lui sont imposées, et surtout par l'augmentation, toujours croissante, des impôts qui la grèvent.

Ainsi, par exemple, de récentes dispositions ont soumis les propriétaires à l'obligation d'établir sur la voie publique, des trottoirs le long de leurs maisons. Ce n'est certes pas dans leur intérêt, mais bien dans l'intérêt public, que cette charge leur a été imposée. Voilà donc la propriété, tout égoïste qu'elle paraît être, contrainte de se prêter à la commodité de tous.

Il en est de même de cette autre disposition qui oblige les propriétaires à faire blanchir, lorsque le besoin s'en fait sentir, les façades de leurs maisons. C'est là un embellissement dont

chacun d'eux jouit certes beaucoup moins qu'il ne souffre de la dépense qu'il lui impose dans l'intérêt de tout le monde. Nos rues étaient assombries de cette teinte grise et terne que contractent les murailles sous notre climat brumeux. Cette mesure si simple modifiera peu à peu l'aspect des villes au profit de tous : l'intérieur même des maisons en deviendra plus clair et plus gai.

Les propriétaires auraient mauvaise grâce à se plaindre de mesures semblables. D'abord ils en profitent eux-mêmes pour leur part..... Et puis, ensuite, il faut bien qu'il se persuadent que ce n'est pas dans leur intérêt, mais dans l'intérêt de tous que le droit de propriété a été établi. Il en est de ce droit comme de l'hérédité du trône : ce n'est pas à l'avantage d'une famille, c'est au profit du pays tout entier qu'elle existe : car il faut que ce rang suprême, pour ne pas devenir l'objet de la convoitise de plusieurs, pour ne pas donner lieu à des guerres sans fin, soit perpétuellement occupé par une dynastie dont le droit soit incontesté. De même il faut que les biens de la terre, pour n'être pas entre les hommes l'objet de luttes incessantes, appartiennent à des maîtres toujours parfaitement déterminés; il faut que la propriété n'en soit jamais incertaine : et, de là, les lois sur les successions qui donnent toujours un héritier, fût-ce l'État lui-même, c'est-à-dire tout le monde, à celui qui meurt sans en laisser d'autres.

C'est en considérant ainsi le droit de propriété comme établi non pas pour l'utilité des propriétaires, mais pour l'utilité de tous que l'on comprend et que l'on est amené à trouver légitimes les restrictions et les charges imposées à ceux qui possèdent. Mais il faut reconnaître aussi qu'il en résulte que le public tout entier se trouve associé aux avantages de la propriété, les propriétaires, qui supportent les charges, étant tenus de contribuer ainsi au bien-être général.

Il y a bien là, comme on le voit, une espèce de communisme, mais qui n'a pas la moindre affinité avec ce communisme farouche qui reprend faveur chaque fois que la société se trouve ébranlée jusque dans sa base. Celui-ci n'y va pas de main-morte : il prend tout simplement à ceux qui possèdent pour donner à ceux qui ne possèdent pas..... Puissions-nous n'avoir plus jamais à en parler que *pour mémoire!* L'autre, que j'appellerais volontiers le communisme légal, augmente sans doute dans

une certaine mesure les charges de la propriété, mais c'est dans l'intérêt de tous, et les propriétaires eux-mêmes profitent des sacrifices qui leur sont imposés.

Souvent même l'impôt, comme il arrive pour les droits d'enregistrement, est le prix d'un service rendu au contribuable qui trouve la compensation du versement qu'il opère dans l'avantage qu'il en retire. C'est ainsi qu'on assure la date d'un acte en le faisant enregistrer. Cette formalité se paye un peu cher, il est vrai : mais enfin, en la remplissant, on obtient la possession paisible de l'héritage dont on s'est rendu acquéreur.

La route est ouverte, et l'on avancera toujours de plus en plus dans cette voie : on augmentera toujours les impôts, parce que les dépenses augmentent sans cesse, et l'on fera ainsi du communisme sans le savoir, comme on en fait depuis des siècles : car les contributions, chose fort peu nouvelle, ne sont que la *mise en commun* d'une partie de l'avoir de chacun pour les besoins de tous.

Or il est certain qu'on marche constamment et par la force des choses, vers une *mise en commun* toujours de plus en plus considérable; et, comme le remarquent très-bien les ingénieux auteurs du *Traité des droits d'enregistrement* [1], dans l'introduction du supplément à cet ouvrage qu'ils ont publié en 1851, chaque révolution est l'occasion de modifications aggravantes dans le système général de la fiscalité. Ainsi, sans remonter plus haut, les révolutions de 1814 et de 1815 ont produit la loi du 28 avril 1816, qui, notamment, a augmenté presque tous les droits fixes, aussi bien que les droits des donations entre-vifs et mutations par décès. La révolution de 1830 a été suivie entre autres de la loi du 21 avril 1832, qui a encore augmenté les droits des donations et des mutations par décès, tarifé les mutations d'offices et porté une première atteinte à l'immunité des mutations de rentes sur l'État (L. du 18 juillet 1836). Enfin, la révolution de 1848 a amené la patente des avocats, notaires et officiers ministériels; l'impôt des mutations par décès et transmissions à titre gratuit des rentes sur l'État; l'assimilation, pour le droit de succession, des meubles aux immeubles, etc., etc. C'est là, comme le disent les auteurs que nous citons, une très-large application du principe que *les droits de*

[1] MM. Championnière, Rigaud et Pont.

l'État doivent s'étendre aux dépens des droits particuliers; et qu'est-ce que les *droits de l'État*, sinon les prélèvements exercés dans l'intérêt de tous sur les biens de chacun?

Il peut bien, il faut en convenir, résulter de là quelque perturbation dans les affaires privées. Mais il ne faut pas non plus perdre de vue que c'est avec le produit de ces impôts toujours croissants que non-seulement on pourvoit aux nécessités publiques, toujours aussi de plus en plus considérables, comme à la défense du territoire et de l'honneur national, aux besoins de l'administration et de la justice; mais aussi qu'on fait participer les classes jusqu'ici déshéritées aux avantages de la civilisation et au progrès des lumières, en procurant à toutes les conditions les satisfactions auxquelles peuvent légitimement prétendre des êtres intelligents et moraux. C'est ainsi en effet qu'on pourvoit à l'entretien du culte et de ses ministres, de l'instruction publique et de ces milliers de maîtres, qui, répandus sur toute la surface de la France, initient les enfants des plus humbles familles à ces connaissances élémentaires auxquelles il faut un jour que pas un Français ne soit étranger.

Il y a plus : c'est ainsi qu'on fait une vérité positive du principe, inscrit dans toutes nos constitutions, de l'admissibilité de tous les français à tous les emplois civils et militaires. Qu'on lise en effet les listes officielles, publiées chaque année, des jeunes gens à qui sont si libéralement accordées par l'État des bourses dans les écoles publiques! Qu'on examine seulement (rien n'est plus curieux et plus touchant tout à la fois) les listes des bourses accordées à ceux qui ont satisfait aux examens de l'école polytechnique; et l'on verra à quelles familles modestes appartiennent ces candidats aux plus hautes fonctions civiles et militaires! Et notez que la plupart de ceux qui entrent par cette noble porte au service de leur pays, doivent déjà vraisemblablement le bienfait de leur instruction première à la libéralité si bien entendue de l'État, soit qu'ils l'aient reçue dans les écoles militaires, soit qu'ils l'aient reçue dans les lycées impériaux. Voilà ceux qui un jour dirigeront nos grands travaux publics, construiront nos chemins de fer, creuseront nos canaux, fortifieront nos frontières et commanderont nos armées! Noble résultat de cette profusion de lumières que tant de maîtres de toute espèce déversent sur toutes les classes de la société, à la gloire comme à l'avantage de la France! Mais ré-

sultat aussi des sacrifices légitimes, demandés à ceux qui possèdent, pour la défense de l'État, pour l'honneur du drapeau, pour le soulagement de ceux qui souffrent, pour l'amélioration du sort de tous! Non, Rousseau ne ferait plus entendre aujourd'hui ces plaintes amères que le spectacle des abus scandaleux dont il était témoin lui arrachait il y a moins de cent ans! Il ne dirait plus que *tous les avantages de la société sont pour les puissants et les riches;* que *tous les emplois lucratifs sont remplis par eux seuls;* que *toutes les grâces, toutes les exemptions leur sont réservées;* et que *l'autorité est toute en leur faveur* [1]. Aujourd'hui, à la place de ces désolantes vérités d'autrefois, il trouverait écrits dans toutes nos constitutions et, qui mieux est, empreints dans nos mœurs, ces principes, passés à l'état d'axiomes, et qui sont, comme le dit la constitution du 14 janvier 1852, *la base de notre droit public* : *l'égalité de tous devant la loi; l'obligation pour tous de contribuer, dans la proportion de leur fortune, aux charges de l'État*, et *l'admissibilité de tous à tous les emplois civils et militaires.* Enfin, il ne chercherait plus la solution du terrible problème, *pourquoi la multitude affamée manque du nécessaire, tandis qu'un petit nombre de privilégiés regorge de superflu* [2] : car il n'y a plus ni *multitude affamée*, ni *privilégiés*, et l'État perçoit régulièrement ce qu'il est juste que chacun, suivant ses ressources, consacre aux nécessités publiques, non pas pour flatter l'orgueil et pour alimenter la paresse, mais pour soulager le malheur, pour récompenser le travail, et pour offrir à chacun mille moyens soit d'améliorer son humble condition, soit de s'élever, dans toutes les carrières, par le courage, le talent et la vertu, aux premières dignités de l'État.

A. CARETTE.

[1] *Discours sur l'économie politique.*
[2] *Origine de l'inégalité.*

BIBLIOGRAPHIE.

LES LOIS DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE,

EXPLIQUÉES PAR LA JURISPRUDENCE.

Par M. Léon Daffry de la Monnoye, greffier de la chambre civile de la Cour de cassation [1].

Compte rendu par M. E. Reverchon, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

Il y a bientôt trente ans que les travaux publics de toute nature ont commencé à prendre dans notre pays des développements dont les époques antérieures ne soupçonnaient point et ne faisaient guère pressentir l'importance. Depuis lors, rien n'a détruit, tout a secondé un progrès que les désastres mêmes de 1848 n'ont heureusement pas eu la triste puissance de ralentir bien longtemps. Ce progrès n'a-t-il pas quelquefois, comme bien d'autres, ses inconvénients, ses abus, ses excès? N'entraîne-t-il pas quelquefois ses promoteurs à perdre de vue, à sacrifier complétement des intérêts ou même des droits qu'ils devraient ménager? Ne leur inspire-t-il pas quelquefois l'enivrement de toute passion exclusive, et, par exemple, de ce qu'ils appellent *la prépondérance démocratique de l'intérêt général sur l'égoïsme du droit privé?* Ce n'est point ici le lieu d'aborder ces questions : il suffit de dire que, considéré en lui-même, et pourvu qu'il soit réglé avec autant de prudence que de résolution, le mouvement que nous constatons est à la fois un des fruits les plus utiles et un des bienfaits les plus signalés de la civilisation moderne, ne fût-ce que par les obstacles qu'il oppose à la séduisante tentation de renouveler trop facilement les sanglants et stériles jeux de la force et du hasard.

L'une des armes les plus indispensables et les plus efficaces que possède l'administration pour assurer sa marche dans cette voie, c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique, tempérée par la nécessité d'une indemnité *préalable*. Notre ancien droit, que l'ignorance exalte ou dénigre parfois avec une égale

[1] 1 vol. in-8°. Chez Durand, libraire, rue des Grès, 7.

légèreté, ne connaissait pas cette garantie, n'exigeait pas cette condition, dont l'absence n'offrait pas, du reste, la gravité et les périls qu'elle présenterait aujourd'hui. Sans l'indemnité préalable, sans cette salutaire entrave, que certains admistrateurs à courte vue se plaignent trop souvent de rencontrer sur leur chemin, le droit de propriété ne serait bientôt qu'un vain mot, et l'administration elle-même, dispensée alors du soin de réunir, avant tout, les ressources nécessaires pour payer les biens dont elle aurait à s'emparer, cesserait d'apporter à la préparation de ses projets la maturité qui seule peut en assurer le succès. Sous aucun prétexte, donc, il ne faut violer ou abandonner ce grand principe, et c'est ce qu'ont merveilleusement compris les chambres législatives de 1841, lorsque, sollicitées par le gouvernement de permettre dans certains cas la prise de possession provisoire et anticipée, elles ont restreint cette faculté dans des limites et l'ont subordonnée à des conditions qui, en lui ôtant peut-être une partie des avantages que l'administration en attendait, lui ont du moins enlevé ses dangers. Nous ne doutons pas que, le cas échéant, le législateur actuel n'eût encore assez de puissance pour montrer autant de sagesse.

Quoi qu'il en soit, l'application des lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique est devenue, par l'effet même de la situation que nous venons d'esquisser, si nouvelle et si fréquente, elle a pris une telle place dans notre droit, qu'elle a donné lieu à de nombreuses et utiles publications. Sans les énumérer toutes, nous tenons à rappeler particulièrement la nouvelle édition du Traité de M. Delalleau, qui était épuisée depuis la mort de l'auteur. Le premier volume en a été revu et complété en 1856 par M. Jousselin, avec le soin religieux et la patiente exactitude qu'il apportait à tous ses travaux; forcé ensuite par la maladie de laisser son entreprise inachevée, M. Jousselin a trouvé en M. Rendu un continuateur qui ne possède pas à un moindre degré les mêmes qualités, et, grâce à ce concours, l'œuvre de M. Delalleau, aujourd'hui rajeunie, a sa place marquée dans la bibliothèque de tous les jurisconsultes de ceux surtout qui, par devoir ou par goût, sont appelés à s'occuper des questions d'expropriation.

Il en sera de même du livre que M. Léon Daffry de la Monnoye vient de publier sur le même sujet, et qui présente des titres tout spéciaux à la confiance qu'il a immédiatement obte-

nue. Greffier de la chambre civile de la Cour de cassation, c'est-à-dire de celle des chambres de cette Cour qui statue sur les pourvois en matière d'expropriation, M. de la Monnoye était dans une position unique pour faire sur cette matière un travail à la fois exact et complet, c'est-à-dire pour recueillir toutes les décisions de la haute juridiction à laquelle il est attaché, et pour leur assigner, sans l'exagérer et sans la restreindre, leur véritable portée. Une étude attentive de ce travail nous autorise à dire qu'il satisfait pleinement à ces deux conditions : nous y avons trouvé de nombreux arrêts dont l'importance avait échappé aux arrêtistes, et qui, par ce motif, ne figurent point dans leurs recueils; nous en avons remarqué d'autres dont le sens, obscurci dans ces recueils par une rédaction quelquefois trop concise, est nettement remis en lumière par M. de la Monnoye.

Se proposant surtout un but d'utilité pratique, l'auteur a adopté la forme du commentaire; il suit pas à pas les divers articles de la loi du 3 mai 1841, qui est le Code de l'expropriation : il présente sur chacun d'eux les explications que leur texte exige ou comporte, et il y rattache les diverses solutions de la jurisprudence. On conçoit que les éléments de cette jurisprudence résultent presque exclusivement des arrêts de la chambre civile: car, d'une part, le Conseil d'État, sur ce terrain, n'a guère eu à résoudre que des questions de compétence, à l'égard desquelles M. de la Monnoye a reproduit avec soin ses décisions; d'autre part, les pourvois en matière d'expropriation, heureusement affranchis de la première épreuve que les autres pourvois ont à subir, sont portés directement à la chambre civile[1], d'où il résulte que cette chambre a seule l'occasion de se prononcer sur ces questions, et que sa jurisprudence est généralement exempte de ces revirements, de ces contradictions, de ces tiraillements que l'on rencontre parfois dans les matières sur lesquelles la chambre des requêtes et la chambre civile ont également à statuer.

Ce n'est pas, néanmoins, que l'esprit qui animait la chambre civile dans les premieres années de la promulgation de la loi

[1] Il est d'ailleurs à regretter peut-être que, sous d'autres rapports, ces pourvois soient placés dans des conditions exceptionnelles; nous ne pouvons qu'indiquer cette idée, dont le développement et la justification ne sauraient trouver place ici.

du 7 juillet 1833, aujourd'hui remplacée par la loi du 3 mai 1841, n'ait subi une importante et réelle modification. Pendant cette première époque, une tendance antipathique aux innovations que le législateur venait de réaliser a quelquefois inspiré des arrêts dont la rigueur formaliste n'était pas toujours facile à expliquer; mais la loi de 1841 a inauguré une ère nouvelle, et, depuis lors, la haute sagesse de la chambre civile a su tenir une juste balance entre les exagérations contraires, dans l'interprétation d'une loi que les uns accusent d'enchaîner l'action de l'administration, alors que les autres l'accusent de ne pas respecter suffisamment le droit de propriété.

En général M. de la Monnoye accepte et approuve les solutions consacrées par les arrêts qu'il rapporte. Nous ne nous associons pas, pour notre compte, au reproche qui lui en a été fait. Ce n'est pas que nous ayons une foi aveugle dans les sentences de la justice humaine; ce n'est pas que nous ne soyons quelquefois obligé de reconnaître que leur principal titre au respect public est à la fois dans la droiture des intentions et dans l'impérieuse nécessité qui a dicté ce vieil axiome : *Res judicata pro veritate habetur.*

Mais, dans cette matière spéciale, elles ont un titre de plus à ce respect : quiconque a eu l'honneur et le bonheur de voir à l'œuvre la chambre civile de la Cour suprême, sait qu'il y a là une réunion de lumières, de vues élevées, d'amour vrai de la justice, qui doit inspirer à un degré exceptionnel une singulière défiance à la controverse.

Cette disposition ne peut cependant pas aller jusqu'à l'abdication de toute indépendance, et M. de la Monnoye n'est pas tombé dans ce travers. Pour être rare et toujours mesurée, sa critique n'en a que plus d'autorité, et c'est ainsi, par exemple, qu'il relève avec toute raison (p. 64) l'erreur commise par un arrêt du 14 août 1854, qui, contrairement à la jurisprudence constante du Conseil d'État et à la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, a décidé qu'il appartient à l'autorité administrative d'interpréter les actes de cession amiable reçus par les préfets. La source de cette erreur se trouve, du reste, dans l'extension indéfinie que l'on a trop souvent donnée à la règle en vertu de laquelle l'interprétation des actes administratifs est réservée à l'administration, et dans l'incertitude qui règne généralement sur les caractères divers et complexes de ces actes.

En résumé, le travail de M. de la Monnoye ne sera pas seulement un guide fidèle pour les avocats du barreau de la Cour suprême et des autres juridictions, il sera également utile aux magistrats qui ont à prononcer des jugements d'expropriation ou à diriger les jurys dans leurs opérations, et même aux administrateurs qui ont le désir d'assurer la légalité et la régularité de leur marche. Aujourd'hui que la chambre civile a rendu plus de six cents arrêts sur les questions qu'a fait naître cette loi du 3 mai 1841, dont l'exécution a été et est encore poursuivie chaque jour avec tant d'ardeur et sur de si vastes proportions, il est bien difficile que des questions réellement nouvelles puissent surgir désormais; en fût-il autrement, la connaissance exacte des solutions déjà intervenues aidera beaucoup aux solutions à intervenir, et cette connaissance ne pourra être puisée nulle part avec plus de sûreté que dans le livre de M. de la Monnoye. E. REVERCHON.

COMMENTAIRE DE LA LOI PORTANT MODIFICATION DES ARTICLES DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

SUR LES SAISIES IMMOBILIÈRES ET SUR LES ORDRES.

Par MM. Émile Ollivier, député au Corps législatif, avocat à la Cour impériale de Paris, et Fréd. Mourlon, docteur en droit, avocat à la même Cour. — Paris, Marescq aîné. 1858; 1 vol. in-8° de 852 pages.

Compte rendu par M. Ferd. Herold, docteur en droit, avocat à la Cour de cassation.

La loi du 21 mai 1858, portant modification des articles 692, 696, 717, 749 à 779 et 838 du Code de procédure civile, a introduit des changements importants dans la matière *de la saisie immobilière*, et a presque entièrement remanié celle *de l'ordre*.

Cette loi est le résultat de tendances qui, du domaine de la science, ont depuis longtemps passé dans celui de la législation, et même, jusqu'à un certain point, de la pratique judiciaire. Partout aujourd'hui la sécurité de la propriété et le développement de son crédit, qu'on cherche à mieux établir, poussent à la simplification des formalités de l'aliénation forcée. Ces tendances sont incontestablement bonnes. Cependant,

il nous sera permis de dire que la loi du 21 mai 1858 renouvelle en nous des regrets qu'avait excités déjà, cette première fois à un bien plus haut degré, la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Nous ne pouvons, sans une véritable douleur, nous reporter par le souvenir au beau projet de réforme hypothécaire dont la troisième rédaction allait être soumise à l'Assemblée nationale lors des événements de la fin de 1851. Cette réforme complète et consciencieusement élaborée de notre loi civile sur l'établissement de la propriété et la constitution des droits hypothécaires, devait précéder toute modification partielle de la législation qui n'est instituée que pour l'application des principes de cette loi; c'était la base sans laquelle rien de durable et de véritablement satisfaisant ne saurait être fait. Nous espérons que cette vérité finira par être reconnue, et que le projet de 1851 sera repris. Ce serait là, selon nous, l'une des œuvres qui pourraient faire le plus d'honneur à nos législateurs actuels, surtout s'ils s'attachaient à laisser aussi intact que possible cet ancien projet, excellent dans presque toutes ses parties.

En attendant, nous devons nous contenter de la loi de 1855, tout imparfaite qu'elle est, et de celle, mieux élaborée, de 1858. Cette dernière loi, dont nous devons spécialement nous occuper, soulève de nombreuses difficultés, la plupart fort importantes dans la pratique; car il n'y a pas de matière plus usuelle que celles de la saisie immobilière et des ordres. Il faut se féliciter que le commentaire destiné à résoudre ces difficultés nous soit donné par deux auteurs dont la manière d'envisager les choses juridiques offre, il est vrai, un assez grand contraste, mais qui précisément à cause de cela pouvaient, se trouvant appelés sur le même terrain d'études, faire produire à leur travail commun les résultats les plus féconds. M. Mourlon est connu depuis longtemps par ses explications, exactes et abondantes à la fois, des matières les plus délicates du droit, notamment de celles des hypothèques et de la transcription. M. Ollivier, dont les lecteurs de la *Revue pratique* connaissent les dissertations vigoureuses et souvent brillantes, a pris une part très-active à la discussion de la loi de 1858 au Corps législatif, où ses discours auraient pu réveiller chez quelques-uns de ses collègues les souvenirs des luttes intéressantes auxquelles le projet de 1851 a donné lieu. MM. Ollivier et Mourlon

étaient donc parfaitement préparés au travail qu'ils ont entrepris, et cela explique leur réussite.

Le *Commentaire* est divisé en deux parties. La première contient, outre le texte de la loi, tous les documents officiels nécessaires ou utiles à son intelligence : le projet, l'exposé des motifs, le rapport, la discussion au Corps législatif, de nombreux fragments des observations présentées par les avoués de Paris et par les délégués des notaires des départements. Ces documents ne sont pas donnés à l'état brut, si l'on peut se servir de cette expression : ils sont groupés à la suite de chaque disposition spéciale de la loi ; de sorte que, sur chaque question, le lecteur trouve sans peine ce qui, dans l'exposé des motifs, dans le rapport, dans la discussion ou dans les observations ci-dessus rappelées, se rapporte à l'objet de sa recherche. Cette première partie est ainsi un premier commentaire officiel, insuffisant, mais indispensable.

La seconde partie traite, dans un titre premier, de la saisie immobilière ; dans un titre second, de l'ordre.

En ce qui concerne *la saisie immobilière*, la grande question à laquelle se rattache la loi nouvelle est celle de savoir quels sont les effets du jugement d'adjudication à l'égard des droits appartenant à des tiers sur l'immeuble adjugé. Dans un premier chapitre, le commentaire présente l'historique de la question. L'ancien principe que *le décret nettoie l'immeuble*, abandonné par la loi de brumaire an VII, en partie rétabli par celle du 2 juin 1841, n'a pas encore recouvré toute son extension par la loi de 1858, qui s'est bornée à trancher deux questions controversées en décidant que les hypothèques légales étaient purgées par l'adjudication, mais que, néanmoins, le droit de préférence pourrait encore être exercé par les créanciers déchus du droit de suite. Dans le chapitre II, MM. Ollivier et Mourlon soutiennent que l'adjudication devrait avoir pour effet de faire disparaître non pas seulement les hypothèques légales ou conventionnelles et le droit de résolution du vendeur, ce qui est la législation actuelle, mais tous les autres droits réels quelconques. Ici trouve sa place une dissertation remarquable sur les applications de la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui est opposée à MM. Ollivier et Mourlon par leurs adversaires. Nos auteurs établissent très-bien que le principe formulé en ces termes doit se combiner avec cet autre

principe que nul ne doit, par sa faute, causer de préjudice à autrui. Ce point de vue leur fournit l'explication de l'existence d'un certain nombre de prétendues exceptions au premier de ces principes. Toujours, selon eux, il y a quelque reproche à faire à ceux qui, munis d'un droit sur l'immeuble saisi, ne l'ont pas fait valoir avant l'adjudication. Cela paraît vrai dès que le fait de la mise en vente est connu des intéressés. Mais MM. Ollivier et Mourlon ne s'en tiennent pas là. Ils voudraient que ce système fût appliqué au cas d'aliénation volontaire, et notamment en ce qui concerne le droit de résolution du vendeur. Tout en reconnaissant le mérite de cette théorie et ce qu'elle a de conforme aux tendances actuelles, nous devons dire que nous conservons des doutes sur sa bonté. Ce droit du vendeur, MM. Ollivier et Mourlon le respectent, disent-ils (p. 270); seulement ils le réglementent, ou du moins ils voudraient le réglementer ainsi : « Tant que l'immeuble affecté de l'action résoluloire demeurera dans la main de celui qui a consenti à la » condition, il subira toutes les conséquences de l'exercice de » cette action; dès qu'il entrera dans le patrimoine d'un tiers, » il en sera dégagé, et l'action en résolution sur l'immeuble se » convertira en une action sur le prix. » Mais, dirons-nous, comme il dépend de l'acquéreur de faire passer l'immeuble dans les mains d'un tiers, si rien ne révèle l'aliénation au premier vendeur et ne le met en demeure d'agir, le résultat auquel on aboutit est fort injuste; car on remet à l'acquéreur le sort de l'action résolutoire, et par conséquent du contrat. MM. Ollivier et Mourlon citent nombre de cas où la liberté des conventions est entravée. Mais la question est de savoir si toutes ces limitations sont bonnes; et quant à nous, tel n'est pas notre avis, ne fût-ce qu'en ce qui touche les conventions relatives au taux de l'intérêt. En somme, nous croyons qu'une publicité sérieuse et complète du droit de résolution, ainsi que des déchéances rigoureuses après notification faite de son acquisition par le sous-acheteur au vendeur primitif, feraient disparaître tout grief légitime contre le droit. Nous ne comprenons pas la faveur que mériterait ce sous-acheteur dûment averti de l'existence du droit à l'encontre du propriétaire originaire qui, dès qu'il a fait connaître son droit, n'a d'autre reproche à se faire que de n'avoir pas vendu au comptant! — N'oublions pas que le droit se préoccupe plutôt de la conservation de la for-

tune légitimement acquise que de sa transmission rapide et fréquente. Nous ne croyons, en rappelant cette vérité, porter atteinte à aucun principe essentiel de l'économie politique.

Le chapitre III comprend le commentaire analytique des modifications apportées aux articles 692, 696, 717, 838, par la loi nouvelle. Nous ne pouvons entrer dans le détail de ce chapitre, qui nous a paru réunir toutes les conditions d'un bon commentaire. Nous signalons seulement le développement relatif à l'obligation du procureur impérial de requérir l'inscription de certaines hypothèques légales (p. 344 et suiv.). Nous désirons vivement, sans l'espérer, que l'opinion des auteurs, quant à la sanction imposée à cette obligation, soit admise par la jurisprudence.

Le titre de l'*ordre* présente d'abord l'explication des articles 749 et 750, relatifs à la nomination des juges-commissaires. Qu'il nous soit permis en passant de relever, avec les auteurs du commentaire, un exemple des erreurs auxquelles « la préci- » pitation et l'esprit fragmentaire qui président aujourd'hui à la » rédaction des lois » peuvent entraîner le législateur. Le nouvel article 750 règle le délai de la transcription du jugement d'adjudication. Cette transcription sera faite dans les quarante-cinq jours de la date du jugement, « et, *en cas d'appel*, dans les » quarante-cinq jours *de l'arrêt confirmatif*. » Quel sens donner à ces mots lorsqu'on sait que, d'après l'article 730 (loi de 1841), les jugements d'adjudication ne sont pas susceptibles d'appel?... Le législateur de 1858 a trouvé cette mention de l'appel dans l'ancien article 749, et il l'a reproduite. Mais il était reconnu par tout le monde que cette partie de l'ancien article était abrogée. A-t-on voulu la remettre en vigueur? Non, puisqu'on laissait debout l'article 730. Il y a pure inadvertance de la part du législateur; mais l'on avouera qu'elle est singulière, surtout lorsqu'on remarquera que le Code disait *jugement confirmatif*, et que le législateur de 1848 a mis à la place *arrêt confirmatif*; ce qui montre que son attention a été attirée, jusqu'à un certain point, sur la disposition qu'il reproduisait.

Il faut signaler le chapitre sur l'*ordre amiable*. C'est là peut-être l'innovation capitale de la loi, et une matière sur les principes de laquelle il est important de se fixer rapidement. MM. Ollivier et Mourlon appellent l'ordre amiable institué par la loi nouvelle *ordre de conciliation*, pour le distinguer de l'ordre ar-

rété par les parties sans intervention du juge, qui est une autre espèce d'ordre amiable, et qu'ils appellent *ordre consensuel*. Mais ils établissent l'analogie qui existe entre ces deux ordres et la différence qui les sépare tous deux de l'*ordre judiciaire*. Cette différence, entre autres graves conséquences, a celle de rendre non obligatoire le ministère des avoués dans l'ordre de conciliation. Sur ce point, nos auteurs ont à réfuter l'opinion de MM. Grosse et Rameau, commentateurs comme eux de la loi nouvelle, et celle de M. Chauveau, produite dans un article du journal *l'Audience*. La réfutation nous paraît, au reste, tout à fait complète. La loi n'a pas voulu autre chose qu'étendre à la matière de l'ordre la tentative de conciliation. Comme en conciliation, le ministère des avoués sera le plus souvent employé, mais il n'est pas obligatoire (p. 470-494). Cette interprétation vient d'être adoptée dans la récente circulaire de M. le garde des sceaux pour l'exécution de la loi. (*Droit* des 12, 13 et 14 mai 1859.)

MM. Ollivier et Mourlon tracent avec netteté les règles de l'ordre de conciliation : convocation des parties par le juge, délais, comparution, procès-verbal de conciliation, nullités et recours. Leurs solutions seront sans doute généralement adoptées.

L'*ordre judiciaire* se divise en règlement par voie d'instance (art. 773) et règlement par voie d'ordre proprement dit. Ce dernier se présente soit après aliénation forcée, soit après aliénation volontaire. Le commentaire des dispositions relatives à ces divers cas présente d'importantes explications. Les articles 754 à 758 règlent le délai de production accordé aux créanciers, la forclusion qui résulte de son expiration (innovation notable), la collocation provisoire, les contredits. L'article 763 donne aux auteurs l'occasion d'établir ce qu'on appelle la divisibilité de la procédure en matière d'ordre, principe qui leur sert à résoudre une question restée obscure dans la loi nouvelle, comme elle l'était dans l'ancienne. L'article 766 a amélioré la législation antérieure en ce qui concerne les frais. Les articles 769 à 771 déterminent les conséquences de la collocation définitive, et prescrivent la radiation des inscriptions. Indiquer la nature de ces dispositions, c'est prouver l'utilité du commentaire. L'article 772 s'occupe des cas d'aliénation volontaire : l'ordre ici, doit être précédé de la purge des hypothè-

ques; cette exigence s'applique-t-elle aux hypothèques légales? Le texte ne distingue pas; cependant MM. Ollivier et Mourlon décident, d'après la discussion au Corps législatif, que le juge aura le pouvoir arbitraire d'ordonner ou non cette purge. La récente circulaire de M. le garde des sceaux ne tranche pas la question, et déclare que la jurisprudence aura à se prononcer sur la portée de l'article. N'est-il pas déplorable qu'un pareil doute existe?

L'article 775 donne lieu à l'exposé d'une théorie importante, celle du *sous-ordre*. Il s'agit des inscriptions prises par des créanciers pour la conservation des droits de leur débiteur, et des oppositions qui peuvent survenir jusqu'à la clôture de l'ordre de la part d'autres créanciers. L'inscription opère au profit du créancier mainmise sur les droits conservés; l'opposition donne droit au prix à distribuer. La loi nouvelle reconnaît ces droits, mais elle ne les organise pas. Il a donc fallu que nos auteurs, suppléant à son laconisme, déterminassent la nature et les effets de l'inscription, indiquassent quels créanciers peuvent la prendre, à quelles conditions sa validité est soumise; enfin, qu'ils réglassent également ce qui concerne les oppositions.

Les derniers développements du commentaire portent sur la déchéance du poursuivant (art. 776), la consignation du prix (art. 777, 778); enfin les effets d'une folle enchère sur l'ordre (art. 779).

Ainsi qu'on le voit, MM. Ollivier et Mourlon ont accompli leur tâche d'une manière complète, et leur œuvre justifie par son exécution le succès que son utilité lui promettait, et qu'elle a obtenu dès son apparition. Comme on peut toujours, dans un travail aussi important, relever quelques imperfections de détail, nous nous permettrons de reprocher aux auteurs des longueurs qui disparaîtraient facilement dans la révision commandée par une nouvelle édition. Nous leur adresserons encore, malgré ce qu'on lui trouvera peut-être de trop minutieux, une autre critique de forme : nous voudrions plus de méthode et de régularité dans leur mode de citation des auteurs; sans doute ces citations paraissent exactes, mais elles gagneraient à être mieux systématisées et à être complétées, quant aux arrêts, par l'indication du recueil auquel ceux-ci sont empruntés.

En somme, le commentaire dont nous venons d'essayer de

rendre compte, remplit parfaitement le double but qu'un travail de ce genre doit se proposer : il éclaire le présent, il prépare l'avenir. Le remaniement que notre loi sur la saisie immobilière et l'ordre vient de subir n'est certainement pas le dernier auquel elle soit destinée : espérons que le prochain s'inspirera de la plupart des idées que MM. Ollivier et Mourlon se sont attachés à faire prévaloir. FERD. HEROLD.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse. — Programme. 477
Action en réduction. V. Droit civil.
Action en rescision. V. Droit civil.
Action possessoire. V. Droit civil.
Affirmation. V. Droit commercial.
Arbres existant sur les limites des forêts et dans le voisinage des routes. V. Droit administratif.
Attributions du jury. V. Droit criminel.
Avortement. V. Droit criminel.
Bibliographie. — Commentaire-traité théorique et pratique des priviléges et hypothèques, mis en rapport avec la loi sur la transcription, par M. Paul Pont. 179
— Histoire du droit français, par M. Laferrière. 356
— Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, par M. Bonnet. 408
— Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique, expliquée par la jurisprudence, par M. L. Daffry de la Monnoye. 558
— Commentaire de la loi portant modification des articles du code de procédure civile, sur les saisies immobilières et sur les ordres, par MM. Olivier et Mourlon. . 562
Du caractère de la progression et de l'emploi des impôts. 552
Chemins. V. Droit administratif.
Communauté de biens entre époux. V. Histoire du droit.
Compétence des juges d'instruction. V. Droit criminel.
Compétence. V. Droit administratif.
Complicité. V. Droit criminel.
Conservateur des hypothèques. V. Droit civil.
Créance hypothécaire. V. Droit commercial.
Délivrance des états sur transcription. V. Droit civil.
L. M. Devilleneuve; notice. 186
Dispositions par contrat de mariage. V. Bibliographie.

Pages

Dispositions entre époux. V. Bibliographie.
Droit administratif. — De la jurisprudence concernant les arbres existant sur les limites des forêts ou dans le voisinage des routes. 1
— Action possessoire. — Syndicat. — Compétence. . . 385
— Chemins. — Préfet. — Compétence. 533
Droit civil. — Vente des blés ou grains en vert. 17
— Mission du conservateur des hypothèques; radiation des inscriptions prises par un créancier subrogé; délivrance des états sur transcription. 193
— Partage d'ascendant; action en rescision; action en réduction; estimation. . . . . 251 et 481
— Étendue des obligations. — D'une antinomie entre les principes contenus, d'une part dans les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon, et d'autre part dans les articles 873 et 1220 du même Code. 334
— Action possessoire. — Possession non contestée. 385
— Jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur; de la perte du privilége et de l'action résolutoire du vendeur. 433
— Étude sur la possession et les actions possessoires; théorie de la possession. 542
Droit commercial. — De la loyauté commerciale. 46
— Créance hypothécaire; faillite; vérification et affirmation; suspension de l'exercice du droit hypothécaire. 77
Droit criminel. — De la vente des blés ou grains en vert. 17
— Philosophie du droit; complicité; responsabilité pénale; responsabilité civile; réparation civile. 114
— Dissertation sur les entraves à la liberté des enchères. 141
— Tentative d'avortement; médecin. 167
— Des excuses en droit criminel. 312
— De la mansuétude dans les lois et dans les jugements en matière pénale. 402
— Liberté provisoire sous caution; compétence des juges d'instruction. 423
— Du jury et du caractère général de ses attributions. . . 444
Droit musulman. V. Histoire du droit.
Entraves à la liberté des enchères. V. Droit criminel.
Estimation. V. Droit civil.
Étendue des obligations. V. Droit civil.
Excuses. V. Droit criminel.
Expropriation. V. Bibliographie.
Faculté de droit de Paris. — Distribution des prix. 190
Faillite. V. Droit commercial.
Faillite de l'acheteur. V. Droit civil.
Grotius. V. Histoire du droit.
Histoire du droit. — Du mouvement des idées en Allemagne vers l'unité de législation. 159

Pages.

Histoire du droit.— De la communauté des biens entre époux d'après les anciennes lois des peuples scandinaves. 218
— Grotius. 292
— Le droit musulman exposé d'après les sources. . . . 509
Juges d'instruction. V. Droit criminel,
Jury. V. Droit criminel.
Liberté provisoire. V. Droit criminel.
Mansuétude dans les lois et les jugements. V. Droit criminel.
Médecin. V. Droit criminel.
Odre. V. Bibliographie.
Partage d'ascendant. V. Droit civil.
Perte du privilége et de l'action résolutoire. V. Droit civil.
Possession. V. Droit civil.
Préfet. V. Droit administratif.
Priviléges et hypothèques. V. Bibliographie.
Procédure civile. — Qualités des jugements; manière de les régler. . . 97
Qualités des jugements. V. Procédure civile.
Radiation des inscriptions. V. Droit civil.
Réparation civile. V. Droit criminel.
Responsabilité civile. V. Droit criminel.
Responsabilité légale. V. Droit criminel.
Saisie immobilière. V. Bibliographie.
Tentative. V. Droit criminel.
Unité de législation. V. Histoire du droit.
Vente des blés ou grains en vert. V. Droit civil.
Vérification. V. Droit commercial.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

A. Ancelot : Bibliographie. — Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, par M. Bonnet. 468
Aubin : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . . . 335
Th. Bazot : Du jury et du caractère général de ses attributions. 444
P. Bernard : Dissertation sur les entraves à la liberté des enchères. . . 141
A. Carette : Notice sur la vie et les ouvrages de M. L. Devilleneuve. . . 186
— Du caractère, de la progression et de l'emploi des impôts. . . 552
Coin-Delisle : De la législation et de la jurisprudence sur la vente des blés ou grains en vert. 17
A. Desjardins : Des excuses en droit criminel. 312
Dubernet de Boscq : Partage d'ascendant; action en rescision; action en réduction; estimation. 251
— Suite. 481
Eschbach : Le droit musulman exposé d'après les sources. 509
Flandin : De la mansuétude dans les lois et dans les jugements. . . . 402
Girard de Vasson : Tentative d'avortement; médecin. 167
— De la compétence des juges d'instruction en matière de liberté provisoire sous caution. 423
F. Hérold : Bibliographie. — Commentaire de la loi portant modification des articles du code de procédure civile sur les saisies immobilières et sur les ordres, par MM. Ollivier et Mourlon. 562
Lafontaine : De l'étendue des obligations. 334
Lancelin : Créance hypothécaire; faillite; vérification. 77
Marinier : Étude sur la possession et les actions possessoires; théorie de la possession. 542
Ch. Million : De la loyauté commerciale. 46
Nypels : Bibliographie. — Histoire du droit français, par M. Laferrière. 356
D'Olivecrona : De la communauté des biens entre époux, d'après les anciennes lois des peuples scandinaves. 218
Petit : De la compétence de l'autorité administrative en matière de chemins. 533

Pages.

PAUL PONT : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 193

E. REVERCHON : Bibliographie. — Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique, expliquées par la jurisprudence, par M. L. Daffry de la Monnoye. 558

H. F. RIVIÈRE : De la perte du privilége et de l'action résolutoire du vendeur à défaut de transcription au jour du jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur. 433

C. SAPEY : Bibliographie. — Commentaire-traité théorique et pratique des priviléges et hypothèques, par M. Paul Pont. 179

SERRIGNY : Examen doctrinal de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État concernant les arbres sur les limites des forêts et ceux existant dans le voisinage des routes. 1

SÉVIN : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de procédure civile. 97

THIERCELIN : Grotius. 292

TISSOT : Philosophie du droit criminel. 114

DE VALROGER fils : Du mouvement des idées en Allemagne vers l'unité de législation. 159

Exc, EAR

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cᵉ, rue Racine, 26.